Göttinger Studien
zu den Kriminalwissenschaften

Gunnar Duttge (Hg.)

Tatort Gesundheitsmarkt

Rechtswirklichkeit – Strafwürdigkeit – Prävention



Universitätsverlag Göttingen

Gunnar Duttge (Hg.)

Tatort Gesundheitsmarkt



erschienen als Band 20 in der Reihe „Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften“ im Universitätsverlag Göttingen 2011

Gunnar Duttge (Hg.)

Tatort Gesundheitsmarkt

Rechtswirklichkeit – Strafwürdigkeit – Prävention

Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften
Band 20



Universitätsverlag Göttingen
2011

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe
Institut für Kriminalwissenschaften
Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
Profs. Drs. Kai Ambos, Gunnar Duttge, Jörg-Martin Jehle, Uwe Murmann

Satz und Layout: Alice von Berg
Umschlaggestaltung: Kilian Klapp

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-028-6
ISSN: 1864-2136

Inhaltsverzeichnis

ANHANG

Vorwort

In Zeiten knapper werdender finanzieller Ressourcen innerhalb des sozialversicherten Gesundheitssystems und der Sorge vor immer weiter um sich greifender „Rationierung“ wecken Berichte über ärztliche Abrechnungsbetrügereien, „Fangprämien“ von Krankenhäusern (für die Überweisung von Patienten) sowie das „Pharmamarketing“ verstärkte Aufmerksamkeit. Mit Rücksicht auf die z.T. außerordentlich hohen Schadenssummen liegt der Ruf nach harter Bestrafung nahe, doch kommt das Strafrecht stets zu spät und vermag vor allem den immateriellen Vertrauensverlust nicht zu kompensieren. Die Suche nach Instrumenten einer effektiven Korruptionsprävention verdient daher weit größere Beachtung, infolgedessen aber ebenso die Frage nach dem tatsächlichen Kriminalitätsgeschehen und nach möglichen „Stellschrauben“ für präventiv wirkende Interventionen. Die Beiträge dieses Bandes, hervorgegangen aus der jüngsten (am 8. Juli 2011 veranstalteten) Jahrestagung des Göttinger Instituts für Kriminalwissenschaften, präsentieren die hierzu bisher vorliegenden Erkenntnisse auf aktuellstem Stand. Sie mögen der interessierten Öffentlichkeit einen seriösen, nicht vom Antrieb massenmedialer Skandalisierung getrübten Einblick in das Ausmaß und die Erscheinungsformen korruptiven Verhaltens im Gesundheitswesen geben und den Experten Anregungen für fruchtbare weiterführende Diskussionen und innovative Problemlösungen.

Göttingen, im September 2011 *Der Herausgeber*

Grußwort des Dekans der Juristischen Fakultät

Andreas Spickhoff

Liebe Kolleginnen und Kollegen,
liebe Teilnehmerinnen und Teilnehmer,

im Namen der Juristischen Fakultät unserer Universität begrüße ich Sie sehr herzlich hier in einem – in gewissem Sinn zum Thema passenden – Hörsaal der alten Universitätsklinik. Als geschäftsführender Direktor des Zentrums für Medizinrecht – und insoweit als Nachfolger des Spiritus Rector dieser Veranstaltung, Gunnar Duttge – freue ich mich auch über die Wahl des gewählten Themas mit zentralem medizinrechtlichem Bezug.

Als Jurist mit zivilrechtlicher oder sozialrechtlicher Ausrichtung wird man immer wieder nach gebühren- oder sozialrechtlichen Vorfragen des Strafrechts um Rat gefragt; man denke nur an Tatbestände wie den Betrug, die Bestechung und Bestechlichkeit gem. § 299 StGB oder die Vorteilsannahme. Ein wenig verblüfft erfährt man bei derartigen Gelegenheiten, dass manche Staatsanwaltschaften eine schlichte gebührenrechtliche Falschbewertung in einer Honorarnote im Betrugsstrafrecht als Täuschung über Tatsachen ansehen – etwa in Bezug auf die Möglichkeiten oder Grenzen der (untechnisch zu verstehenden) „Stellvertretung" von Chefärzten. Nachdem ein Zivilsenat des BGH diese Möglichkeit gebührenrechtlich

im Ergebnis recht weitherzig toleriert hatte,[1] fiel der staatsanwaltliche Vorwurf der „Vorspiegelung falscher ... Tatsachen" – das Gesetz ist bekanntlich ungenau, denn Tatsachen sind oder sie sind nicht, aber sie sind kaum „falsch" – insoweit in sich zusammen. Ein wenig irritiert fragt man sich dann als Zivilrechtsdogmatiker, ob der für gebührenrechtliche Streitigkeiten zuständige Zivilsenat des BGH neuerdings eine Tatsacheninstanz geworden ist, oder ob er gar als Revisionsgericht dann über eine solche „Tatsachenfrage" überhaupt nicht entscheiden dürfte. Vielleicht ist aber der strafrechtlich gewohnte Tatsachenbegriff aus kriminalpolitischen Gründen doch etwas eigenwillig.

Wie dem auch sei: Sehr oft geht es im Strafrecht um die rechtsdogmatisch und rechts- bzw. kriminalpolitisch zentrale Frage, ab wann eine bewusste, in Kauf genommene oder nachlässige, vielleicht sogar nur leicht fahrlässige Verkennung gebühren- oder sozialrechtlicher Vorfragen in den Bereich der strafrechtlichen Relevanz umschlägt. Wichtig ist, bei alledem die außerordentliche Komplexität und Schnelllebigkeit dieser strafrechtlichen „Vorfragenmaterien" zu bedenken und gebührend zu berücksichtigen. Ich denke dabei an die alte Kategorie der „Parallelwertung in der Laiensphäre". Mehr als einmal habe ich erlebt, dass ein von der Staatsanwaltschaft beauftragter (medizinischer) Sachverständiger gebührenrechtliche Fragen zugunsten des Beschuldigten völlig anders einschätzte als der zuständige Staatsanwalt – übrigens m.E. nicht einmal zutreffend, aber der Sachverständige rechnete ganz einfach selbst so (unzutreffend) ab wie der Beschuldigte. Der Staatsanwalt folgte im Allgemeinen willig den entsprechenden Ausführungen – gleich in welcher Richtung. Kaum tolerabel erschien es, als einer ausgeschiedenen zahnmedizinischen Sprechstundenhilfe von einer Staatsanwaltschaft der Statuts einer „Sachverständigen" zugestanden werden sollte, und zwar in diffizilen anästhesiologisch-medizinischen Fragen der Notwendigkeit bestimmter medizinischer Maßnahmen, des Ablauf klinischer Vorgänge und der Subsumtion und Auslegung des Gebührenrechts.

Auf der anderen Seite ist in Zeiten des Kostendrucks im Gesundheitswesen auch die Neigung der Behandlungsseite zum Aus- bis hin zum dreisten Überreizen von eventuellen Auslegungsspielräumen zu konstatieren. Das hat die gleichfalls mehr oder weniger ausgeprägte Neigung privater oder sozialer Krankenversicherer ausgelöst, zum gezielten oder auch manchmal pauschalen Gegenangriff mit strafrechtlichen Mitteln anzusetzen. Hier adäquate Grenzen zu ziehen, fällt offensichtlich schwer.

Kurzum: Das gewählte Thema ist brandaktuell, praktisch hochrelevant, es wirft zahlreiche Fragen auf und hat vielfältige Facetten, die der vertieften Diskussion bedürfen – und der möchte ich nun nicht weiter im Wege stehen.

---

[1] BGH JZ 2008, 685: großzügige Annahme von Individualvereinbarungen.

„Infauste Prognose" oder Aussicht auf Genesung?

- Eine thematische Einführung zur Korruption im Gesundheitswesen -

Gunnar Duttge

I. Diagnostischer Befund

Wohin das Internet- und Fernsehauge auch blickt: Das komplexe Gesundheitsversorgungssystem in Deutschland scheint seit Jahren ein beliebter „Tatort"[1] für ärztliche Betrügereien und korruptives Verhalten zu sein. Präsentiert wird der Öffentlichkeit das besorgniserregende Bild einer sowohl quantitativ als auch qualitativ ernst zu nehmenden gesellschaftlichen Fehlentwicklung, die man vielleicht „in Ländern der Dritten Welt, aber nicht in Deutschland vermuten würde".[2] Da ist etwa von „Direktüberweisungen" an den Physiotherapeuten gegen Entgelt die Rede, vom Ausstellen tausender Rezepte durch eine mit internationalem Haftbefehl gesuchte Ärztin in kollusivem Zusammenwirken mit einem Apotheker, der selbige sodann den Kassen vorgelegt haben soll.[3] Immer häufiger ermittle die

[1] Diese offenbar beliebte Metapher verwendet schon der von *Gehl* im Jahre 2007 herausgegebene Band.

[2] So die Headline eines Artikels in der SZ v. 19.1.2011.

[3] Ärzte-Zeitung v. 9.9.2011.

Staatsanwaltschaft wegen Abrechnungsbetruges, zuletzt sichtbar etwa durch die spektakuläre Durchsuchung im Berliner Helios-Klinikum: Hier wird mehreren Chefärzten insbesondere aus den Abteilungen Radiologie und Kardiologie die Abrechnung von Leistungen vorgeworfen, die von nicht qualifizierten bzw. von Assistenzärzten erbracht worden seien.[4] Nur wenige Wochen zuvor standen „saarländische Rezeptbetrüger" im Mittelpunkt des öffentlichen Interesses, die u.a. mit Versichertenkarten „gehandelt", nicht erbrachte Leistungen abgerechnet, „unnötige Rezepte eingelöst" haben und dafür in bar oder mit Kosmetika, Potenzmitteln und anderen Naturalien entlohnt worden sein sollen.[5] Berichtet wird von einer qua „Dominoeffekt" ausgelösten „Welle" an weiteren Ermittlungen innerhalb des GKV-Systems, während „die schwarzen Schafe bei den privaten Kassen noch weitgehend unentdeckt" seien.[6] Noch immer unvergessen ist der „Herzklappenskandal" und – jüngeren Datums – auch der „Hörgeräte-Skandal" aus dem Jahre 2009, den ein Presseorgan zum Anlass nahm, pauschaliter von einer „Korruptionsmentalität bei Medizinern" zu sprechen: Nach dem Motto „Gibst Du mir Geld, gebe ich Dir Patienten!" sollen sich Ärzte und Hörgerätehersteller Kunden „zugeschanzt" haben – mit einem Schadensvolumen von mehreren Millionen Euro.[7] Dass diese „Gewinnsparte" allem Anschein nach auch in Österreich inzwischen nicht mehr unbekannt ist,[8] dürfte hierzulande nur wenige trösten. Die sich über mehrere Jahre hinweg erstreckenden Kölner Ermittlungen richteten sich gegen 360 niedergelassene Ärzte wegen „Abrechnungsbetruges in großem Stile".[9] Wohin man auch blickt: Die Berichte über Korruptionsfälle nehmen mit unverminderter Stetigkeit zu, und fast scheint es, als brauche man überhaupt nur ein wenig zu suchen, um rasch fündig zu werden.[10]

Nach Erkenntnissen von *Transparency International Deutschland e.V.* sind zahlreiche Tätigkeitsbereiche und Funktionen innerhalb des Gesundheitssystems betroffen: Hebammen, die nicht stattgefundene Hausbesuche abrechnen; Pflegeeinrichtungen, die ausgedachte technische Prüfungen der Betten in Rechnung stellen oder Krankenhäuser, die Zuweisungsgelder (sog. „Fangprämien") für Patienten zahlen und sich damit die Patienten gleichsam selbst zuführen.[11] Nicht in jeder Hinsicht frei von bedenklichen Praktiken scheinen auch die sog. „Anwendungsbeobachtun-

---

[4] Deutsches Ärzteblatt 2011, A-1514 ff.

[5] Ärzte-Zeitung v. 23.5.2011.

[6] Ebd.

[7] Financial Times v. 7.1.2009.

[8] NewsAT v. 26.1.2011: „Skandal um HNO-Ärzte in Österreich: Mediziner kassieren illegale Provisionen ab!".

[9] FocusMoney v. 16.1.2011.

[10] Die Zeit v. 27.5.2011.

[11] Diese und weitere Beispiele finden sich im TI-Jahresbericht 2006; s. auch das Grundsatzpapier von *Transparency International Deutschland e.V.*, Transparenzmängel, Korruption und Betrug im deutschen Gesundheitswesen – Kontrolle und Prävention als gesellschaftliche Aufgabe, 5. Aufl. 2008, S. 53 ff. mit weiteren Fallbeispielen (online: http://www.transparency.de/Gesundheitswesen.gesundheit.0.html); siehe auch die Auflistung zahlreicher Fallkonstellationen bei *Gaßner*, PharmaR 2002, 309 ff.

gen“ zu sein, obgleich diese aus Gründen der Verkehrssicherungspflicht zur weiteren gezielten Beobachtung von bereits zugelassenen Medikamenten an sich zulässig und sogar geboten sind (siehe auch § 67 Abs. 6 AMG)[12]. Wenn sie freilich allein zu Marketingzwecken durchgeführt werden, d.h. im jeweils konkreten Fall keine wissenschaftlich verwertbaren Erkenntnisse erwarten oder gar die Gefahr einer Patientengefährdung durch medizinisch unbegründeten Wechsel des Arzneimittels besorgen lassen, dann handelt es sich mit Blick auf die gezahlten Honorare in der Tat um eine Form von Machtmissbrauch.[13] Das „Jahrbuch Korruption 2006“ sowie das Grundsatzpapier „Transparenzmängel, Korruption und Betrug im deutschen Gesundheitswesen“ (2008)[14] zählen eine Vielzahl weiterer Fallkonstellationen auf; der Phantasie scheinen offenbar kaum Grenzen gesetzt zu sein: angefangen mit prima vista noch harmlos erscheinenden „kleinen Geschenken“ (am häufigsten wohl: Schreibwaren, Arzneimittelmuster, Essenseinladungen)[15] oder „Vortragshonoraren“ ohne reale Gegenleistungen über diverse Reiseangebote oder sog. „Aufwandsentschädigungen“, seien sie offen oder verdeckt in Gestalt der sog. „kick-backs“ geleistet (z.B. durch Verheimlichen von umsatzbezogenen Rückvergütungen oder Hersteller-/Lieferantenrabatte gegenüber den Kassen)[16] bis hin zum Korrumpieren von Wissenschaftlern oder (nur scheinbar) „unabhängigen Selbsthilfegruppen“ infolge finanzieller Abhängigkeiten von Arzneimittelherstellern. Erst unlängst hat sich der Gesetzgeber eigens veranlasst gesehen, eine Berichtspflicht über die Ergebnisse sämtlicher Arzneimittelprüfungen ausdrücklich vorzuschreiben, „unabhängig davon, ob diese günstig oder ungünstig sind“ (§ 42b Abs. 3 AMG)[17]; bisher wurden Misserfolge offenbar mitunter gerne bagatellisiert oder gar systematisch verheimlicht („publication bias“).[18] Ohnehin stellt sich seit einiger Zeit die Frage, inwieweit es in der Arzneimittelforschung überhaupt noch Innovationen gibt oder nicht eher bekannte Wirkstoffmechanismen mit kleinen Nuancen unter neuen Markennamen kommerziell genutzt werden. Das spätere

[12] Statt vieler nur *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn 1308 m.w.N.

[13] Zu pauschal allerdings das Positionspapier von *Transparency International Deutschland e.V.* v. 3.10.2010 mit der – überzogenen – Forderung nach einem generellen Verbot von Anwendungsbeobachtungen, abrufbar: http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Gesundheitswesen/Positionspapier_Anwendungsbeobachtungen_10-11-03.pdf.

[14] Oben Fn 11.

[15] Ausführlich: *Lieb/Brandtönies*, Deutsches Ärzteblatt 2010, A-392 ff.

[16] Dazu etwa *Badle*, NJW 2007, 1028, 1033; zum Begriff: *Rönnau*, in: Kohlmann-FS 2003, S. 239, 240; ausführlich: *Szebrowski*, Kick-Back, 2005.

[17] Geschaffen durch Art.7 des Arzneimittelmarktneuordnungsgesetzes v. 22.12.2010 (BGBl. I 2262, 2273); zur Gesetzesbegründung vgl. BT-Drucks. 17/2413, S. 35.

[18] In diesem Zusammenhang gewinnen die sog. „Publikationsklauseln“ in den Sponsorverträgen ihre besondere Bedeutung; vgl. dazu monographisch *Pramann*, Publikationsklauseln in Forschungsverträgen und Forschungsprotokollen klinischer Studien, Diss. Göttingen 2007; zuvor bereits *Deutsch*, in: Gallus (Hrsg.), Der juristische Lektor als Mittler zwischen Autor und Leser. In memoriam Klaus F. Frohn, 2003, S. 37 ff. Zur Notwendigkeit einer verlässlichen Registrierung aller klinischen Prüfungen aus Sicht der Ethikkommissionen siehe näher *Victor*, in: Deutsches Ärzteblatt 2004, A-2111 ff. m.w.N.

„Marketing" würde dann korruptive Praktiken geradezu unweigerlich erfordern, um den Absatz sicherzustellen.[19]

Die ökonomischen Folgen sind zwar nicht exakt bezifferbar, aber auch nach seriösen Schätzungen wohl immens: Experten des *European Healthcare Fraud and Corruption Netwerk* haben berechnet, dass die volkswirtschaftlichen Verluste einen Anteil von bis zu zehn Prozent der gesamten Gesundheitsausgaben ausmachen.[20] Auf Deutschland umgerechnet würde dies allein auf die gesetzlichen Krankenkassen bezogen Verluste zwischen 5 und 18 Milliarden Euro bedeuten. Mindestens ebenso gewichtig sind jedoch die zu befürchtenden gesundheitlichen Schädigungen, wenn die Wahl des Medikaments oder der Therapie nicht mehr allein von ärztlich-medizinischen Gründen und Motiven bestimmt ist. Hier zeigt sich in besonderer Eindrücklichkeit, dass betrügerisches, korrumpiertes Verhalten innerhalb des Gesundheitssystems kein „opferfreies Delikt" ist, aber die „Opfer" hier eben nur meist anonym bleiben, vom immateriellen „Vertrauensschaden" in eine qualitativ hochwertige, ausschließlich am ärztlichen Auftrag orientierte Gesundheitsversorgung ganz abgesehen.[21] In diesem Lichte verliert die Frage letztlich an Bedeutung, ob die „Medienkriminalität" wirklich ein reales Abbild des Kriminalitätsgeschehens oder eher die Auswüchse einer überzogenen Skandalisierung offenbart.

II. Therapeutische Optionen

Wie die Rechtspolitik vor dem Hintergrund der vorstehend skizzierten Entwicklungen reagieren sollte, dazu hat erst vor wenigen Monaten die Bundesregierung auf eine „Kleine Anfrage" der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen hin Stellung genommen.[22] Danach sei – so lässt sich die Antwort insgesamt wohl interpretieren – im Wesentlichen schon alles in die richtigen Bahnen gelenkt: Die zugunsten einer „Selbstreinigung" innerhalb des GKV-Systems gesetzlich verankerten „Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen" (vgl. §§ 81a, 197a SGB V) erfüllten „nach den vorgelegten Erfahrungsberichten" ihre Aufgaben;[23] finanzielle Zuwendungen an Vertragsärzte seien jetzt durch § 128 Abs. 2, 6 SGB V ausdrücklich untersagt;[24] ob dies freilich korruptives Verhalten tatsächlich verhindert habe und/oder im Ganzen ein Rückgang verzeichnet werden könne, dazu liegen „keine gesicherten Erkenntnisse oder belastbaren Daten vor"[25]. Selbst ein nur kursorischer Blick in die aktuelle Diskussion zeigt jedoch, dass die wenigsten diesen

[19] Dazu *Transparency International Deutschland e.V.*, Grundsatzpapier (o. Fn 11), S. 34 ff.

[20] *European Healthcare Fraud and Corruption Netwerk*, The European Healthcare Fraud and Corruption Directory, 2005; *Gee/Button/Brooks*, Counter fraud: The financial cost of Healthcare fraud, 2009 (beide abrufbar: http://www.ehfcn.org/resources/publications/ehfcn-publications/).

[21] Siehe dazu etwa *N. Nestler*, JZ 2009, 984, 988 f.

[22] BT-Drucks. 17/4943. S. 1 ff.

[23] BT-Drucks. 17/4943. S. 2 f. (Antwort auf Frage 1).

[24] BT-Drucks. 17/4943, S. 3 (Antwort auf Frage 1).

[25] BT-Drucks. 17/4943, S. 3 f. (Antwort auf Fragen 3, 4, 5, 7, 8).

Glauben an eine hinreichende Effizienz der bisherigen Maßnahmen teilen. Bevor aber von einer „infausten Prognose“ ausgegangen werden muss, lässt sich eine „Linderung“ oder gar „Heilung“ rechtsstrukturell auf dreierlei Wegen vorstellen: (1) durch eine Intensivierung bzw. Ausweitung des strafrechtlichen Zugriffs; (2) durch eine Förderung der Prävention in der Binnen- wie Außensphäre der Pharmaunternehmen und Klinikeinrichtungen; und schließlich (3) durch eine spürbare Entflechtung der weithin intransparenten Rechtsbeziehungen innerhalb des Krankenversicherungsrechts sowie durch Vereinfachungen des ärztlichen Abrechnungssystems. Was Kenner der gegenwärtigen rechtspolitischen Tendenzen kaum überraschen wird: Die erstgenannte Therapieoption gilt vielen gleichsam als „Super-Antibiotikum“ und daher sola ratio, während die zweite das ihr angeheftete Etikett eines wirkungsarmen, viel Geduld erfordernden Homöopathikums soeben erst abzustreifen versucht; an die dritte wagt wegen praktischer Aussichtslosigkeit hingegen kaum einer auch nur ernsthaft zu denken.

Auf dem Weg der kriminalrechtlichen Expansion wandelt bekanntlich schon seit einigen Jahren die Strafrechtspraxis, ermuntert durch die höchstrichterliche Rechtsprechung: Die „streng formale Betrachtungsweise des Sozialversicherungsrechts“ dient dem BGH[26] dabei als rechtsdogmatisches Vehikel, um reine Ordnungsverstöße im Kontext des GKV-Systems qualitativ zu vermögensrelevanten Betrugsstraftaten heraufzustufen. Dass der Erfolg auf diesem Wege nicht ohne „Risiken und Nebenwirkungen“ zu erreichen ist, sprich: nicht ohne Verunstaltung des allein auf das Rechtsgut „Vermögen“ bezogenen Betrugstatbestandes, und zwar mitunter nicht erst in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal des „Vermögensschadens“, sondern bereits zur sog. „Täuschungshandlung“[27], hat die kritische Auseinandersetzung der Strafrechtswissenschaft mit diesem Instrument hinlänglich gezeigt.[28] Die Einführung eines „besonderen, auf sozialversicherungsrechtliche Sachverhalte abzielenden Straftatbestandes“ wie zuletzt in einem Antrag der SPD-Fraktion gefordert[29] würde zwar die Legalität der Strafrechtsanwendung wiederherstellen,[30] nicht aber das Problem der Legitimität lösen, ob also eine dahingehende Kriminalisierung auch den Taten adäquat und im Übrigen die ultima ratio

[26] Grundlegend: BGH NStZ 1995, 85 f.; ebenso BGH NJW 2003, 1198 ff.; OLG Koblenz MedR 2001, 144 ff.

[27] Zur Problematik der „Täuschung über Tatsachen“ bei irriger gebührenrechtlicher Einordnung im Überblick: *Duttge*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht. Handkommentar, 2. Aufl. 2011, § 263 Rn 7 – Stichwort: „Rechtsausführungen“.

[28] Zur Fallkonstellation der sog. „Scheinpartnerschaften“ näher *Duttge*, in: Schnapp (Hrsg.), Rechtsfragen der gemeinschaftlichen Berufsausübung von Vertragsärzten, 2002, S. 79 ff.; *Stein*, MedR 2001, 124 ff.; *Volk*, NJW 2000, 3385 ff.; zuletzt *Freitag*, Ärztlicher und zahnärztlicher Abrechnungsbetrug im deutschen Gesundheitswesen, 2009, S. 136 ff.; *Luig*, Vertragsärztlicher Abrechnungsbetrug und Schadensbestimmung, 2009, S. 97 ff., 121 ff., 133.; *Schroth/Joost*, in: Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 179, 195 ff.

[29] BT-Drucks. 17/3685.

[30] Wie sehr die höchstrichterliche Rechtsprechung der Versuchung ausgesetzt ist, sich von den Fesseln des Gesetzlichkeitsprinzips zu befreien, zeigt eine vergleichende Übersicht ausgewählter Judikate der letzten Jahre, dazu näher *Duttge*, in: Krey-FS 2010, S. 39 ff. m.w.N.

ist. Zudem führt diese brachiale Therapiemethode nicht einmal in allen Fallkonstellationen zum erhofften Erfolg, so etwa i.d.R. nicht beim „Pharmamarketing" wegen des hier bei der Verordnung von Medikamenten verschiedener Hersteller zu beachtenden Auswahlermessens des Vertragsarztes und wegen der bestehenden Preisbindung von Fertigarzneimitteln (vgl. § 1 AMPreisVO i.V.m. § 78 AMG).[31]

Die Fälle des sog. „Rezeptschwindels", d.h. der Verordnung medizinisch nicht notwendiger Medikamente, haben den 4. Strafsenat des BGH eine neue strafbarkeitsbegründende Argumentationslinie entdecken lassen: Danach komme dem Vertragsarzt bei der Konkretisierung des dem Versicherten eingeräumten Sachleistungsanspruchs (§§ 2 Abs. 2 S. 1, 27 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 3 SGB V) die Rolle eines „Vertreters der Krankenkassen" zu; bei Missachtung des „Wirtschaftlichkeitsgebots" (§ 12 SGB V) verletze er deshalb eine ihm gesetzlich auferlegte „Vermögensbetreuungspflicht" und mache sich deshalb wegen Untreue (§ 266 StGB) strafbar.[32] Dieser Wechsel vom Betrugs- zum Untreuekonzept[33] ist im Anschluss vom 1. Senat auf die „kick-back"-Konstellation erweitert worden,[34] soweit die Medikamente – wie etwa beim sog. „Sprechstundenbedarf" – nicht der Preisbindung unterliegen, sondern gemäß den tatsächlichen Kosten abgerechnet werden. Es liegt jedoch auf der Hand, dass die den Ärzten zugeschriebene Vertreterfunktion weder mit ihrem Selbstverständnis (vgl. §§ 1, 2 MBO-Ä) noch mit ihrer haftungsrechtlichen Pflichtenstellung (vgl. §§ 280, 611, 823 BGB; § 223 StGB) zu vereinbaren ist. Denn die von Fürsorge und Hilfeleistung geprägte Arzt-Patienten-Beziehung bleibt als solche ganz unberührt von den dadurch mit betroffenen wirtschaftlichen Interessen anderer. Anlässlich des Herzklappenskandals hatte das LG Mainz in diesem Sinne treffend formuliert, „wesentliche Pflicht" sei stets die „Erbringung ärztlicher Leistungen im Rahmen der Verwirklichung des gemeinsamen Werks christlicher Nächstenliebe", in concreto also der medizinisch indizierte Einsatz und nicht etwa der ökonomisch optimierte Einkauf der Medizinprodukte und allgemein die Wirtschaftlichkeit der Mittelverwaltung;[35] mit den – notabene: vom Patienten ausgewählten – Krankenkassen bestehen dagegen im Verhältnis zum freiberuflich praktizierenden Leistungserbringer (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2, 3 MBO-Ä)[36] keinerlei Rechtsbeziehungen, schon gar kein irgendwie auftragsähnliches Rechtsverhältnis.[37]

Dementsprechend ist die zuletzt vom OLG Braunschweig[38] (in Abkehr von der zuvor h.M.) vertretene (und seither heftig bestrittene) Auffassung, der Ver-

---

[31] Zutreffend und weiterführend dazu *H. Schneider*, HRRS 2010, 241 ff.

[32] Dazu näher BGHSt 49, 17 ff.

[33] Sehr schön nachgezeichnet bei *Brandts/Seier*, in: Herzberg-FS 2008, S. 811 ff.

[34] BGH NStZ 2004, 568, 569 f.; 2007, 213, 216.

[35] LG Mainz NJW 2001, 906.

[36] Zur Erinnerung: „Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe. Er ist seiner Natur nach ein freier Beruf."

[37] Str., wie hier jedoch zutr. *Tsambikakis*, in: Prütting (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 2010, § 266 Rn 12 f. m.w.N.

[38] NStZ 2010, 392 = StV 2010, 365 ff. = wistra 2010, 234.

tragsarzt sei ein „Beauftragter" der Krankenkassen im Sinne des § 299 Abs. 1 StGB, im Wesentlichen nur eine konsequente fortschreibende Verlängerung der punitiven Rechtspraxis zur Untreue auf das Gebiet der Bestechungsdelikte. Denn auch hier stützt sich das Hauptargument auf das „Rechtskonkretisierungskonzept" des BSG[39] und auf die daraus gezogene Schlussfolgerung einer „Schlüsselstellung" des Vertragsarztes. Und erwartungsgemäß liegt der hieran geübten Kritik dasselbe fundamentale Unbehagen zugrunde, das etwa auch der 113. Deutsche Ärztetag (2010) in seinen Beschlüssen explizit zum Ausdruck gebracht hat: Danach stehe im Mittelpunkt ärztlichen Entscheidens stets der Patient und nicht die Krankenkasse; im Übrigen sei es von jenem „Gehilfenstatus … nicht mehr weit zum Auftragnehmer der Krankenkassen"[40]. Abgesehen davon ist im Kontext des § 299 StGB nicht minder diskussionsbedürftig die weitere, ebenso relevante Frage, wie eigentlich begründet werden soll, dass die Krankenkassen einen „geschäftlichen Betrieb im geschäftlichen Verkehr" führen[41] (in welchen der Vertragsarzt dann „eingebunden" sein soll). Von hier aus erklärt es sich deshalb beinahe schon von selbst, wie es kommt, dass gegenwärtig – im Anschluss an die beiden Vorlagebeschlüsse an den Großen Strafsenat[42] – sogar die Annahme ernstlich im Raume steht, der Vertragsarzt könnte „Amtsträger" im Sinne der §§ 331 ff. StGB sein. Wo jedoch die Frage nach dem (oder den) konkret anwendbaren Straftatbestand (-beständen) augenscheinlich immer mehr zu einer quantité négligeable gerät, kann bei der strafrechtlichen Beurteilung der Sachverhalte etwas von Grund auf nicht stimmen!

Freilich darf nicht übersehen werden, dass etwa dem „Pharmamarketing" durchaus eine das Verschreibungsverhalten der Ärzte potentiell beeinflussende Wirkung zukommt. Die Vermutung, dass selbst kleine Geschenke große Wirkung im Sinne des Schenkers entfalten können, ist längst nicht mehr bloße Spekulation, sondern inzwischen empirisch belegt.[43] Eine sozialwissenschaftliche Erhebung der Universität Mainz zum Umgang mit Pharmavertretern[44] hat dabei den bemerkenswerten Befund zutage gefördert, dass sich die niedergelassenen Ärzte dieser Möglichkeit durchaus bewusst sind, jedoch signifikant häufig allein ihre Kollegen, nicht aber sich selbst für beeinflussbar halten. Diese kognitive Dissonanz dürfte wesentlich durch das Missverständnis bedingt sein, dass mit dem Besuch von Vertretern der Pharmaindustrie gedanklich noch immer vorwiegend der Erhalt fachlicher Informationen verknüpft wird, obgleich die große Mehrzahl der Ärzte den mangelnden Informationswert der – keineswegs seltenen – Besuche (durchschnitt-

---

[39] BSGE 73, 271 ff.; 77, 194 ff.; zur Sinngebung dieser Rspr.: *Schnapp*, in: Herzberg-FS 2008, S. 795, 797 f.

[40] 113. Deutscher Ärztetag v. 11.-14.5.2010, Beschlussprotokoll, S. 94.

[41] Dazu bedenkenswert *Schnapp* (in diesem Band, S. 47 ff.).

[42] Beschluss vom 5.5.2011 – 3 StR 458/10 – BeckRS 2011 10129; v. 20.7.2011 – 5 StR 115/11 – BeckRS 2011, 19728.

[43] Dazu näher *Grande/Frosch/Perkins/Kahn*, Effect of Exposure to Small Pharmaceutical Promotional Items on Treatment Preferences, in: Archives of Internal Medicine 2009, 887 ff.

[44] *Lieb/Brandtönies*, Deutsches Ärzteblatt 2010, 392 ff.

lich 1x pro Woche) durchaus erkennt. Vor diesem Hintergrund mag man sich mit Mahnungen nach einer „selbstkritischeren Haltung“[45] und einer „(Rück-)Besinnung auf ärztliche Werte“[46] in der Tat nicht beruhigen. Auch die – begrüßenswerten – Ansätze in Richtung einer „freiwilligen Selbstkontrolle der Arzneimittelindustrie“ (sog. „FSA-Kodizes“)[47] wecken bisher eher den Verdacht, dass es sich dabei eher um ein weiteres Marketinginstrument handeln könnte, nicht aber um eine effektive „Selbstreinigung“.[48] Um den Gedanken der Prävention zu stärken, wird jedoch zunehmend die Idee einer „Corporate Compliance“ in den Blick genommen, d.h. die Schaffung einer unternehmensbezogenen Organisationsstruktur, mit der die Einhaltung bestimmter Verhaltensregeln von vornherein sichergestellt werden könne. Im Vordergrund steht dabei zunächst und vor allem das Sichtbarmachen einschlägiger Risiken insbesondere an „Schlüsselstellen“, um auf dieser Grundlage sodann die Abläufe systematisch zu verändern, die Transparenz zu erhöhen, Überwachungsstrukturen und Stichproben-Kontrollen sowie einen internen Sanktionsmechanismus zu implementieren und auf diese Weise – auch durch einschlägige Schulungen und Kommunikation – sukzessive die „Unternehmenskultur“ zu verändern.[49] Um hierzu Strategien zu entwickeln, wurde in Österreich sogar eigens ein sog. „Netzwerk für Transparenz im Gesundheitswesen“ gegründet.[50] Dass die Förderung des sog. „whistleblowing“[51] allerdings neue, durchaus schwierige Rechtsfragen aufwirft, ist bereits aus anderen rechtlichen Zusammenhängen bekannt.[52]

III. „Multifaktorielles“ Vorgehen als „Goldstandard“

Wie auch bei komplexen medizinischen Krankheitsphänomenen wird man wohl im Ganzen gut daran tun, eine „Linderung“ oder gar „Heilung“ nicht im Wege einer single-way-Strategie, sondern durch Bündelung verschiedenster Maßnahmen anzustreben – und dabei auf das das grobe Schwert der Kriminalisierung nur sub-

---

[45] *Lieb/Brandtönies*, ebd.

[46] *Hoppe*, Deutsches Ärzteblatt 2010, A-7 ff.: „Moral ist wichtiger als Mammon“.

[47] Im Einzelnen: „FSA-Kodex Fachkreise“, „FSA-Kodex Patientenorganisationen“ sowie „Empfehlungen für die Zusammenarbeit der pharmazeutischen Industrie mit den Partnern im Gesundheitswesen und deren Mitarbeitern“ v. 1.12.2010 (allesamt abrufbar: http://www.fs-arzneimittel industrie.de/).

[48] Näher *Kölbel* (in diesem Band, S. 87 ff.); aufschlussreich auch *Spielberg*, Deutsches Ärzteblatt 2010, A-2431 ff.

[49] Im Überblick: *Passarge*, GesR 2011, 203 ff.; *Schnack*, Ärzte-Zeitung v. 16.5.2011.

[50] Weitergehende Informationen abrufbar unter: http://www.patientenanwalt.com/fileadmin/dokumente/04_publikationen/expertenletter/gesundheitswesen/0603patzent_DrRupp.pdf.

[51] Für die Einrichtung einer „whistleblower helpline“: *Schnack* (o. Fn 49).

[52] Dazu vertiefend *D. Bock*, ZIS 2009, 68 ff.; *Hefendehl*, JZ 2006, 119 ff.; *Müller-Bonanni/Schell*, ArbRB 2006, 299 ff. (Datenschutzrecht); *Sieg*, Buchner-FS 2009, S. 859 ff. (Arbeitsrecht); zur Garantenstellung sog. „Compliance-Officer“ vgl. BGH NJW 2009, 3173, 3175 m. Bspr. *Dann/Mengel*, NJW 2010, 3265 ff.

sidiär zurückzugreifen. Der schon erwähnte Antrag der SPD-Fraktion[53] nennt u.a. die Einführung von „spürbaren Sanktionen“ für das systematische Falschabrechnen von Krankenhäusern,[54] die Ausgestaltung der gesetzlich neu geschaffenen „Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen“ (vgl. §§ 81a, 197a SGB V) als „Profit-Center“[55] und – mit Blick auf die Strafverfolgung – den weiteren systematischen Ausbau von qualifizierten Schwerpunktstaatsanwaltschaften nach dem Vorbild der Frankfurter Zentralstelle und entsprechender Ermittlungsgruppen der Kriminalpolizei. Zahlreiche weitere Anknüpfungspunkte insbesondere in Richtung einer effektiven Korruptionsprävention finden sich im Grundsatzpapier von *Transparency International Deutschland e.V.*[56], so z.B. durch sanktionsbewehrte Pflichten zur Offenlegung von Interessenkonflikten[57] auf allen Ebenen, auf denen Mediziner in Entscheidungs- und Leitungsgremien tätig sind, des Weiteren etwa durch finanzielle Förderung industrieunabhängiger Kongresse, durch eine Reglementierung des „Pharmaaußendienstes“, durch Aktualisierung der für Apotheken geltenden Regelungen (insbesondere mit Blick auf den Einkauf von Waren und Medizinprodukten) und vieles mehr. Nicht zuletzt dürften aber das komplizierte Abrechnungssystem selbst und die komplexe Struktur der Gesundheitsversorgung innerhalb der GKV in erheblichem Ausmaß „kriminogen“[58] sein: Deshalb fordern die „Einbecker Empfehlungen“ der *DGMR* mit Recht, die rechtlichen Rahmenbedingungen endlich deutlich zu vereinfachen „und damit für eine rechtssichere Basis der ärztlichen Berufsausübung im Bereich der GKV zu sorgen“[59]. Unrealistisch oder gar unmöglich? Auch in der Medizin gibt es manchmal Wunder…!

---

[53] Oben Fn 29.

[54] Hierfür auch *Kölbel*, NStZ 2009, 312 ff., 318.

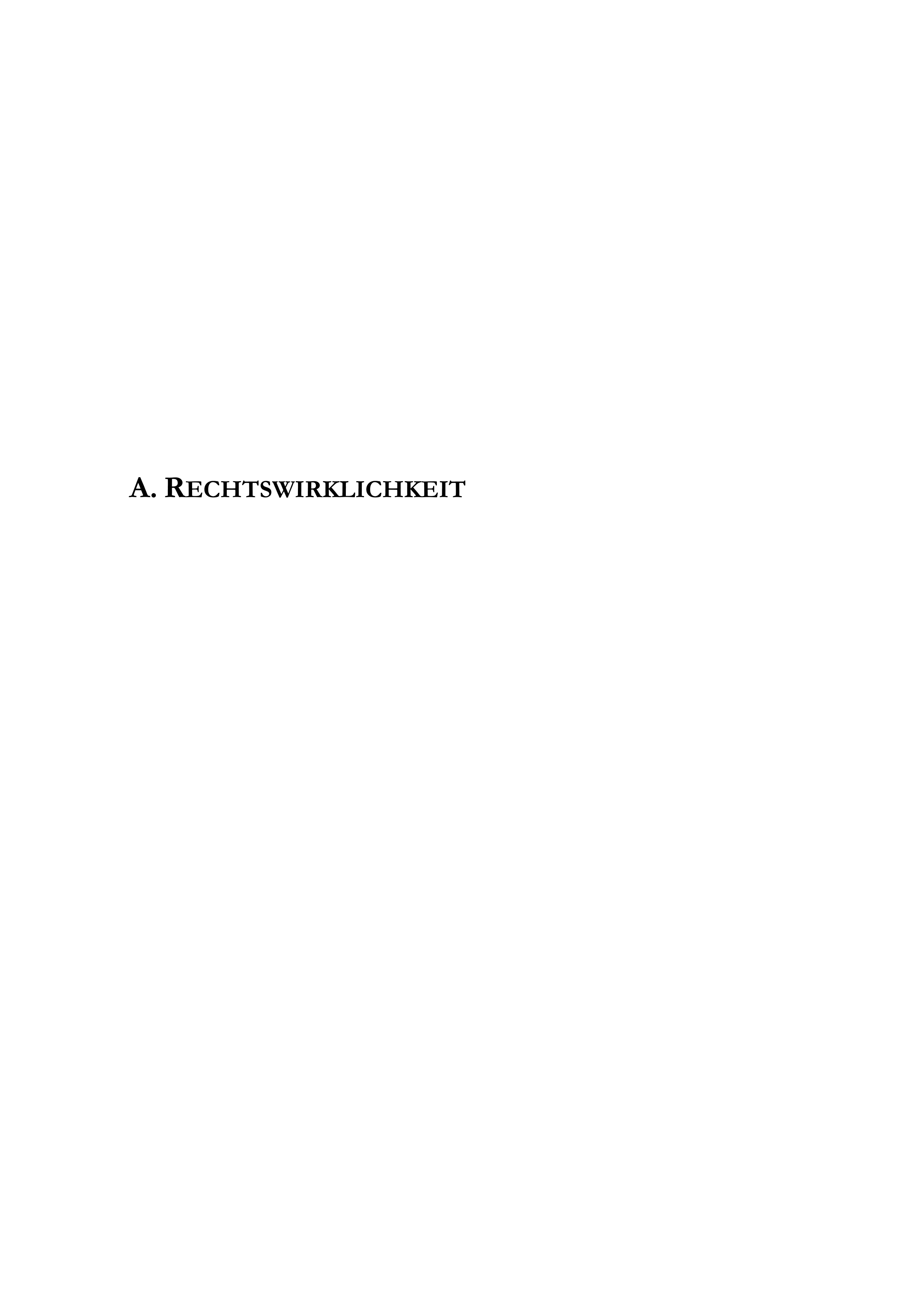
[55] Grund: Damit der erwünschte personelle Ausbau nicht durch eine evtl. Deckelung der Vewaltungskosten de facto verhindert wird.

[56] Oben Fn 11.

[57] Dazu grdl. *Lo/Field* (Hrsg.), Conflict of Interest in Medical Research, Education and Practice, 2009 – für den freundlichen Hinweis auf dieses lesenswerte Buch danke ich Herrn Dr. med. *Friedrich Flachsbart*, Göttingen.

[58] So ausdrücklich in Bezug auf das Abrechnungssystem der Vertragsärzte: Steinhilper, in: Schwind-FS 2006, S. 163 ff.

[59] *DGMR*, „Einbecker Empfehlungen zu unerwartete und unerwünschte Strafbarkeitsrisiken in der vertragsärztlichen Berufsausübung“, 2010, Ziff. III., 1. (in diesem Band, S. 121 ff.).



A. Rechtswirklichkeit

Facetten des Fehlverhaltens im Gesundheitswesen*

Anke Martiny

I. Zur Einführung

Für eine einführende Darstellung der Facetten des Fehlverhaltens im Gesundheitswesen ist *Transparency Deutschland* besonders geeignet, denn dieser Verein hat als bisher einzige nicht durch wirtschaftliche Interessen geleitete Organisation bereits im April des Jahres 2000 die erste Analyse über Schwachstellen des deutschen Gesundheitswesens veröffentlicht und sie kontinuierlich weiterentwickelt.[1] Damals war Korruption noch ein dirty word. Das Papier hatte zu Beginn den Titel „Transparenzmängel im Gesundheitswesen. Ressourcenverschwendung, Missbrauch, Betrug – Einfallstore zur Korruption". Die Analyse arbeitete heraus, worauf es zurückgeht, dass Millionen, vermutlich sogar Milliarden Euro von Versichertenbeiträgen in Deutschland einerseits verschwendet werden, andererseits in die falschen Taschen fließen.

Inzwischen wissen es alle: Der Schaden von Ressourcenverschwendung, Missbrauch und Betrug im Gesundheitswesen ist für die Versicherten enorm, der Vertrauensverlust bei den Patienten ist gleichfalls groß. Er lässt sich aber ebenso wenig messen wie die Image-Beschädigung der Ärzte, Zahnärzte, Apotheker und aller übrigen Heilberufe. Allerdings schlägt der Schaden sich in den Medien deutlich nieder, denn es vergeht kein Tag, an dem nicht irgendwo Berichte über Abrechnungsbetrug, Skandale bei einer Kassenärztlichen Vereinigung und über fragwürdige Absatzstrategien von Arzneimitteln, Tierarzneimitteln oder Medizingeräten zu lesen, zu hören oder zu sehen sind. Selbst in die Jubiläumsrede für

---

* Manuskriptfassung meines Vortrages am 8. Juli 2011 im Rahmen des vom Göttinger Institut für Kriminalwissenschaften veranstalteten Kriminalwissenschaftlichen Kolloquiums.

[1] Dokumente abrufbar: http://www.transparency.de/Gesundheitswesen.gesundheit.0.html.

„Netzwerk Recherche", die *Günter Grass* am 02. Juli 2011 in Hamburg hielt,[2] hat es der lobbyistisch vermachtete Gesundheitsmarkt geschafft: vermutlich nach der Energie- und Finanzwirtschaft der drittgrößte Block interessengesteuerter Machtpolitik.

Die letzte Überarbeitung des Transparency-Papiers wurde im Mai 2008 öffentlich vorgestellt und auf unserer Website veröffentlicht.[3] Der Text umfasst 65 Seiten und trägt den Titel „Transparenzmängel, Korruption und Betrug im deutschen Gesundheitswesen. Kontrolle und Prävention als gesellschaftliche Aufgabe". In seinen Analysen ist er nach wie vor gültig, selbst wenn sich Details verändert haben. Ich möchte auch heute unterstreichen, dass ich Prävention und Kontrolle als gesellschaftliche Aufgabe sehe, denn es kann nicht länger angehen, dass das schwache Interesse der Kranken in ihrer Rolle als Versicherte und Patienten gegenüber den Wirtschaftsinteressen der übrigen im Gesundheitsmarkt Tätigen kontinuierlich das Nachsehen hat.

In der neuen schwarzgelben Regierungskoalition stehen wir offenbar vor einer totalen Umgestaltung unseres Gesundheitswesens, jedenfalls was unser solidarisch gedachtes Versicherungssystem angeht. Die FDP ist seit je mit der privaten Versicherungswirtschaft verbunden und Finanzierungssystemen gegenüber, die auf Solidarität setzen, skeptisch eingestellt. „Privatisierung" und „Kopfpauschalen" heißen die aktuellen Schlagworte. Gemeinkosten zu sparen und Missbrauch einzudämmen, indem man wirkungsvolle Kontrollinstrumentarien entwickelt, war noch nie ein parteipolitisches Markenzeichen der sogenannten „Liberalen" – wobei Kontrolle bei dem verästelten deutschen Gesundheitssystem selbst dann schwer ist, wenn man sie politisch will.

Transparency International Deutschland e.V. ist eine Nichtregierungsorganisation, deren Ziel die Prävention und Bekämpfung von Korruption ist. Die Organisation finanziert sich aus Mitgliedsbeiträgen, Spenden und Bußgeldern; sie erhält keine staatlichen Zuschüsse. Wir beschäftigen vier Personen, dazu kontinuierlich in halbjährigem Wechsel zwei PraktikantInnen. Unser Jahresbudget für 2011 ist auf rund 270.000 Euro ausgelegt. Der Vorstand arbeitet ehrenamtlich, Honorare der Vorstandsmitglieder werden dem Verein gespendet. Wir arbeiten politisch überparteilich und sind als gemeinnützig anerkannt. Die Arbeit wird in Regional- und Themengruppen geleistet. „Korruption im Gesundheitswesen" ist die älteste der Arbeitsgruppen; sie existiert seit 1998 und umfasst rund zwanzig Männer und Frauen aus verschiedenen Fachgebieten – Ärzte, Apotheker, andere gesundheitliche Leistungserbringer, Kassenvertreter, Verbrauchervertreter, Politiker; zusätzlichen juristischen und wirtschaftlichen Sachverstand gewinnt die Gruppe aus dem Vorstand und aus anderen Arbeitsgruppen.

---

[2] Abgedruckt in: Die Steine des Sisyphos. SZ v. 4.7.2011, S.11 (online: http://data6.blog.de/media/601/5701601_e21db685e8_d.pdf).

[3] http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Gesundheitspapier_Stand_2008_Auflage_5_08-08-18.pdf.

Wichtig ist unsere Definition des Begriffes Korruption, der sich als strafbares Delikt nicht im Strafgesetzbuch findet. Statt von Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung, Bestechung und Bestechlichkeit, Untreue oder Betrug oder – etwas beschönigend – von „Fehlverhalten" zu sprechen, definiert Transparency: Korruption ist „ the abuse of entrusted power for private gain"[4], zu deutsch: der Missbrauch verliehener Macht zum privaten Nutzen (oder Vorteil).

II. Grundsätzliches zum Thema „Fehlverhalten"

Ich benutze die Transparency-Definition von „Korruption": Jemand, der (oder die) seine (oder ihre) einflussreiche Position dazu nutzt, sich persönliche Vorteile zu verschaffen, verhält sich korrupt. Der Gesetzgeber und seine Adressaten im deutschen Gesundheitswesen sprechen euphemistisch von „Fehlverhalten" und drücken sich bis heute um eine Definition herum, was damit genau – auch strafrechtlich – gemeint ist. Ob es dabei um eine unordentliche Abrechnungspraxis, überhöhte Rechnungen, doppeltes Abrechnen von IGEL-Angeboten, missbräuchliches Einlesen der Chipkarte, Annahme von Geschenken, Besuch überteuerter Kongressangebote mit überwiegendem Freizeitwert oder Kickbackzahlungen bei Zuweisungen geht, ist im Gesetz nicht definiert und muss durch den Rückgriff auf andere Gesetze, durch freiwillige Übereinkünfte oder durch Rechtsprechung ausgefüllt werden.

Wichtig ist aber, dass der Gesetzgeber seit 2004 von den Krankenkassen und den Kassenärztlichen/Kassenzahnärztlichen Vereinigungen nach § 197a bzw. § 81a SGB V verlangt, organisatorische Einheiten zu schaffen, die Fehlverhalten im Gesundheitswesen bekämpfen. Darüber müssen sie alle zwei Jahre ihren Aufsichtsgremien berichten und den Bericht ihrer Aufsichtsbehörde zuleiten. Wie diese Berichte auszusehen haben, sagt das Gesetz aber nicht.

Das Oberthema unseres Kolloquiums spricht vom „Tatort Gesundheitsmarkt", als ob es sich bei den dort agierenden „Tätern" um Schwerverbrecher handelte. „Fehlverhalten" zu zeigen ist aber, was immer darunter jeweils zu verstehen ist, kein Schwerverbrechen, sondern im Einzelfall meist nicht mehr als eine – allerdings überwiegend absichtsvolle – Betrügerei oder Trickserei, die sich erst in ihrer millionenfachen Multiplikation zu einem extrem großen Schaden auswächst. Das *European Healthcare Fraud and Corruption Network* bezifferte in einer Studie aus dem Jahr 2010 den jährlichen Verlust durch dieses „Fehlverhalten" in den 27 EU-Ländern auf 56 Milliarden Euro; der Anteil Deutschlands beträgt 13,5 Milliarden Euro – jährlich wohlgemerkt.[5]

---

[4] http://www.transparency.org/news_room/faq/corruption_faq.

[5] Der EHFCN-Vorsitzende *Paul Vincke* führte am 3. März 2010 in seinem Vortrag vor dem Euroforum in Berlin diese Studie aus dem Januar von MacIntyre Hudson und dem Centre for Counter Fraud Studies, University of Portsmouth an, die in Kooperation mit EHFCN einen *"in-depth 'Financial Cost of Healthcare Fraud' Report"* veröffentlicht hatten. Die Zahlen stammen aus dieser Untersuchung.

III. Die Situation auf dem Gesundheitsmarkt

Der Gesundheitsmarkt ist kein freier, sondern ein stark regulierter Markt, bei dem vor allem die Nachfrageseite in ihrem Handeln nicht frei ist. Kein Versicherter, kein Patient kauft Medikamente oder nimmt Dienstleistungen in Anspruch, bei denen er Preisvergleiche anstellen und frei über Kauf oder Inanspruchnahme entscheiden kann; niemand kauft mehr und billiger – oder weniger, dafür teurer – von den Produkten, je nach persönlichem finanziellen Leistungsvermögen oder nach Lust und Laune. Vielmehr nehmen alle Versicherten und Patienten verordnete Medikamente oder Dienstleistungen in Anspruch, auf deren Qualität und Kosten sie nahezu keinen Einfluss haben, und die Versicherungen sind gesetzlich weitgehend gebunden, welche Erstattungen sie dafür gewähren. Die Marktpartner Anbieter und Verbraucher agieren nicht direkt miteinander, sondern „spielen über die Bande": Die medizinischen Leistungserbringer und ihre Organisationen, in erster Linie die Ärzte und ihre Körperschaften, sind die Mittler. Sie haben eine Schlüsselstellung, denn ihnen gegenüber dürfen die Anbieter ihre Produkte auch bewerben.

Der Gesundheitsmarkt ist ein in Deutschland weitgehend gesättigter Markt. Unterversorgungen mit Medikamenten und Hilfsmitteln gibt es nicht, im Gegenteil: Wir haben viel zu viele Arzneimittel im Markt, weil auf Druck der Pharmalobby seit Jahrzehnten die Verabschiedung einer beschränkenden Liste zugelassener Arzneimittel scheitert. Die Deutschen gehen im internationalen Vergleich zudem eher zu oft als zu wenig zum Arzt. Auch Krankenhausbetten haben wir eher im Überfluss. Quantitatives Wachstum zu erzielen, ist also schwierig.

Hier kommt die völlige Intransparenz der Kosten im Gesundheitsmarkt ins Spiel: Fragen Sie einen gesetzlich Versicherten, was zum Beispiel sein Armbruch gekostet hat, kann er es nicht sagen, weil er die Rechnungen nicht zu sehen bekommt. Fragen Sie den behandelnden Orthopäden, so weiß er die Gesamtkosten auch nicht genau, weil seine Leistung nach Punkten vierteljährlich abgerechnet wird, es sei denn, er kann eine „Fallpauschale" geltend machen. Fragen Sie die Unfallstation im Krankenhaus, was ihre Arbeit in einem solchen Fall insgesamt kostet, und versuchen Sie herauszufinden, ob eine Behandlung dort oder beim niedergelassenen Facharzt kostengünstiger ist, so erhalten Sie vermutlich ebenfalls keine hilfreiche Auskunft. Klar ist nur: Die Krankenkasse muss in dem dafür gesetzlich vorgesehenen Rahmen zahlen und kann ihrerseits die gewählte oder zu wählende Behandlungsalternative kaum beeinflussen.

IV. Die Intransparenz des Systems

Die Frage stellt sich: Warum sind intransparente Systeme besonders anfällig für Fehlverhalten? Die Antwort ist ebenso komplex wie die Systeme, im Prinzip aber ganz einfach: Erstens, weil man nicht ohne weiteres sagen kann, wer der eigentlich Geschädigte ist; und zweitens, weil Kontrollen schwierig sind. Bei direkten Geschäftsbeziehungen, insbesondere bei solchen, die auf Dauer angelegt sind, würde

niemand seinen Geschäftspartner übervorteilen, weil das letzten Endes auf ihn selbst zurückwirken würde. Man muss sich vertrauen können, wenn man nicht selbst möglicherweise Nachteile erleiden will. Aber dazu muss man sich kennen.

Wenn aber mein „Geschäftspartner" ein Versicherungsunternehmen mit Millionen von Mitgliedern ist oder „das Finanzamt" oder „das Land Niedersachsen", dann kann ich nicht mehr erkennen, wen ich eigentlich schädige, wenn ich die Geschäftsbeziehung zu meinen Gunsten ausnutze. Deshalb sind zum Beispiel den Ärzten die Preise für Arzneimittel verhältnismäßig gleichgültig, auch wenn die Versicherten mit ihren Beiträgen nur zu einem Bruchteil die Entwicklung und Herstellung des Wirkstoffs, dafür aber mit einem Vielfachen die teuren Marketingkosten bezahlen – inklusive der Geschenke an die Ärzteschaft und der teuren Anwendungsbeobachtungen.[6] Dies ist auch deshalb so, weil die Versicherungen diese Preise ja erstatten.

Auch den Versicherten ist nicht klar, dass der Missbrauch der Chipkarte, übertrieben häufige Arztbesuche, das oft zitierte „krank feiern" und manipulierte Krankschreibungen, die eine Kur oder den vorzeitigen Ruhestand bewirken, in summa den Beitrag für die Krankenversicherung aller in die Höhe treiben.

Zur Intransparenz tragen folgende Faktoren bei:

- Unser Gesundheitssystem ist föderal gegliedert. Wo andere Länder *einen* Gesundheitsminister haben, haben wir siebzehn – sechzehn für die Bundesländer, einen für den Bund. Die Verfassung Deutschlands schreibt eine Vergleichbarkeit der Lebensbedingungen vor, so dass ein Zwang, sich auf einen einigermaßen einheitlichen Standard zu einigen, gegeben ist. Der Bundesrat spricht also immer mit, wo es um Gesundheits*politik* geht. Außerdem muss es zu Ausgleichszahlungen zwischen den Versicherungen kommen, die im Endeffekt einen echten Leistungswettbewerb der Kassen verhindern.
- Seit Bismarcks Zeiten hat der Staat die entscheidenden Kompetenzen der Gesundheitspolitik auf öffentlich-rechtliche Körperschaften übertragen, nämlich die gesetzlichen Krankenkassen, die Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Vereinigungen und die Ärzte-/ Zahnärzte-/ Apothekerkammern. In jedem Bundesland agieren eine Vielzahl solcher Körperschaften. Besonders zahlreich sind die Krankenkassen, die zum Teil lokal, zum Teil regional, zum Teil betriebsbezogen, zum Teil aber auch bundesweit tätig sind. Der Staat übt hier nur die Rechtsaufsicht aus, die Fachaufsicht obliegt den Körperschaften selbst. Wie sich Rechts- und Fachaufsicht abgrenzen, ist oft und gerade in Problemfällen eine Auslegungsfrage. Statt für eine wirksame Abgrenzung teure Prozesse zu riskieren, hat in den Jahren des Wachstums die staatliche

[6] Siehe dazu die Stellungnahme von *Transparency International Deutschland e.V.* vom 3.10.2010, abrufbar: http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Gesundheitswesen/Positionspapier_Anwendungsbeobachtungen_10-11-03.pdf.

Aufsicht lieber die Augen zugedrückt, wo sie entstehenden Fehlentwicklungen hätte Paroli bieten müssen. Auch auf die Delegationsregelungen zwischen den jeweiligen Landeskörperschaften und der jeweiligen Spitzenorganisation, also der Bundesärztekammer, der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und der ABDA (= Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände), hat das Bundesgesundheitsministerium keinen unmittelbaren Einfluss.

Jedenfalls haben die Körperschaften auf der Länderebene im Laufe der letzten sechzig Jahre ein beachtliches Eigenleben entwickelt, in welches das zuständige Landesministerium ungern eingreift. Formal sind die Körperschaften demokratisch organisiert, Minderheitenrechte zeigen sich allerdings äußerst schwach entwickelt. Die Vorstände haben in der Vergangenheit unverhältnismäßig hohe Vergütungen bezogen, deren Niveau immer noch hoch ist; inzwischen gibt es wenigstens fachlich ausgewiesene Geschäftsführer. Aber weder das Land noch der Bund können eingreifen, wenn sich zum Beispiel die Kassenärztliche Vereinigung Bayerns im Jahr 2010 einen nicht unbescholtenen Mann an die Spitze wählt.

An der demokratischen Legitimation der Körperschaften auf Bundesebene gibt es Zweifel; auch daran hat noch kein Bundesgesundheitsminister zu rühren gewagt. Schwach entwickelt ist bei den ärztlichen Standesorganisationen das Bewusstsein, dass sie *zusammen* mit den Kassen für die Sicherstellung einer in ihrer Qualität gesicherten, einheitlichen gesundheitlichen Versorgung der Bevölkerung zuständig sind; sie sehen sich mehr als ärztliche Standesorganisationen und organisieren ihre Interessenvertretung entsprechend.

– Der Gesetzgeber hat zum 1. Januar 2004 den Gemeinsamen Bundesausschuss als neues Gremium der Selbstverwaltung errichtet. Ihm sind höchst unterschiedliche Aufgaben übertragen worden. Der Gemeinsame Bundesausschuss ist rechtsfähig und wird gebildet durch die Kassenärztliche Bundesvereinigung, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und seit 2008 den Spitzenverband Bund der Krankenkassen (§ 91 SGB V). Ob er demokratisch legitimiert ist, erscheint zumindest nicht unstrittig.

  Die Arbeitsweise des Gremiums ist höchst intransparent. Weil die Unterschiede zwischen ambulanter und stationärer Versorgung erheblich sind und verschiedene Themenbereiche jeweils verschiedene Besetzungen erfordern, tagt der Gemeinsame Bundesausschuss in unterschiedlicher Zusammensetzung. Über den Verlauf von Beratungen muss Vertraulichkeit gewahrt bleiben, heißt es in der Geschäftsordnung (§ 27)[7], die jedes Mitglied bindet. Welche Personen in den Unteraus-

[7] Abrufbar: http://www.g-ba.de/downloads/62-492-423/GO_2009-12-17_bf.pdf.

schüssen arbeiten und Entscheidungen vorbereiten, ist nicht in Erfahrung zu bringen, auch Abstimmungsergebnisse dürfen nicht publik gemacht werden. Beschlüsse werden seit einiger Zeit im Internet veröffentlicht, sie spiegeln aber nur eine vordergründige Transparenz, denn es wird nicht nachvollziehbar, wie der Ausschuss zu seinen Entscheidungen kommt und ob es Minderheitsmeinungen gab, die sich nicht durchsetzen konnten.

– Die berufliche Stellung von niedergelassenen bzw. Krankenhausärzten ist hinsichtlich ihrer Beziehungen zur pharmazeutischen Industrie sehr unterschiedlich. Krankenhausärzte sind gewöhnlich Amtsträger, das heißt sie dürfen keine Geschenke oder geldwerte Leistungen entgegennehmen. In den Krankenhäusern gibt es inzwischen fast überall Verhaltensregelungen, die unzulässige Einflussnahmen auszuschließen versuchen. Allerdings ist die ärztliche Fortbildung auch für Krankenhausärzte meist noch fest in der Hand der Anbieter von Medikamenten und Hilfsmitteln, und die Veranstalter von Kongressen und Fachmessen bedienen sich ebenfalls häufig der finanziellen Hilfe der Anbieterseite.

  In weit stärkerem Maß gilt dies für niedergelassene Ärzte, die nach wie vor nicht als Amtsträger gesehen werden, obgleich ihre Arbeit sich von jener der angestellten Ärzte nicht wesentlich unterscheidet. Obgleich sie dieselben Tätigkeiten ausüben wie die Krankenhausärzte, dürfen sie Geschenke und geldwerte Leistungen entgegennehmen, Kongresse jeder Art besuchen, Anwendungsbeobachtungen von zweifelhaftem Nutzen gegen Entgelt durchführen – es sei denn, dass die für sie zuständige Ärztekammer die in der ärztlichen Berufsordnung untersagten Verhaltensweisen kontrolliert und ahndet. Strafrechtlich ist die Grenze zur Bestechlichkeit aber ziemlich hoch, denn bei der öffentlichen Anerkennung, die Ärzte genießen, sind zum Beispiel für „angemessene Geschenke“ zum 50. Geburtstag eines renommierten Facharztes recht hohe Werte anzusetzen.

– Ein problematisches Feld für korruptiv gesteuerte Vertriebsstrukturen ist das Sponsoring im Krankenhaus. Hier müssen äußerste Transparenzerfordernisse beachtet werden, wenn der Verdacht der Korruption von Anfang an ausgeräumt werden soll. Als Grundsatz gelten die §§ 331 ff. StGB, die das Vertrauen der Allgemeinheit in die „Lauterkeit der Amtshandlungen“ sichern sollen.[8] Geschützt ist der Eindruck einer Makellosigkeit des Amtes nach außen.

---

[8] Statt vieler z.B. *Bannenberg*, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht. Handkommentar, 2. Aufl. 2011, § 331 Rn 1 m.w.N.; *Dölling*, ZStW 112 (2000), 334 f.; siehe auch BT-Drucks. 7/550, S. 269).

- Besonders intransparent ist das Abrechnungswesen für die Versicherten. Gesetzlich versicherte Patienten können nicht kontrollieren, was der Arzt der Versicherung in Rechnung stellt, ob er tatsächlich alles und auch in der Qualität geleistet hat, wie er es von der Kasse bezahlt haben will. Die kassenärztliche Vereinigung, bei der die Rechnungen eingehen, prüft sie elektronisch, das heißt: stichprobenmäßig und nur oberflächlich. Sie hat völlig unrealistische Zeitprofile für die ärztliche Arbeitszeit festgelegt, innerhalb derer Leistungen geltend gemacht werden können; rein zeitlich ist das Pensum aber im Extremfall gar nicht zu schaffen und legt daher Missbrauch nahe, zumal wenn man den nötigen Schriftverkehr einer Praxis und eventuelle Hausbesuche berücksichtigt.

  Die Kassenärztlichen Vereinigungen reichen die Arztrechnungen viermal im Jahr gebündelt weiter an die Kassen. Diese können mit ihren elektronischen Prüf- und Kontrollprogrammen gewöhnlich nur „Ausreißer" feststellen und müssen in Zweifelsfällen auf Auskünfte der KVen zurückgreifen. Diese werden nicht immer gern und gründlich genug gegeben, zudem verhindern Argumente des Datenschutzes eine sachgemäße Verfolgung oder etwa gar die Prävention von Betrugsstrategien.

  Privatversicherte Patienten erhalten eine Rechnung und können eine gewisse Kontrolle über das Verschreibungsverhalten ihrer Ärzte ausüben. Allerdings ist es auch ihnen nicht möglich, die erforderlichen Maßnahmen zur Behandlung ihrer Krankheit von den überteuerten oder überflüssigen zu unterscheiden. Es ist davon auszugehen, dass auch private Krankenversicherungen von betrügerisch arbeitenden Ärzten erheblich ausgenutzt werden. Die Zeche zahlen die Versicherten.

V. Die Folgen der Intransparenz

Eine Reihe von Prozessen, in denen es um korruptive Netzwerke zwischen Ärzten, Apotheken und Pharmavertriebsunternehmen ging, weckte in den letzten Jahren die öffentliche Aufmerksamkeit ebenso wie eine zweitägige Anhörung des Bundeskriminalamtes zum Thema Abrechnungsbetrug.[9] Zahlen machten zudem neugierig: So wurden in der polizeilichen Kriminalstatistik für das Jahr 1999 im Gesundheitsbereich kapp 13.500 Fälle von Wirtschaftskriminalität mit einem Schaden von 20 Millionen DM registriert. Diese Zahlen sind jedoch nicht aussagekräftig, man muss sie daher auch nicht aktualisieren, weil die Dunkelziffer, wie das

[9] Pressemitteilung abrufbar: http://www.bka.de/nn_196810/sid_27043753221CF1CB6A17E12234A0CA19/SharedDocs/Downloads/DE/Presse/Pressearchiv/Presse__2000/pm000829.html?__nnn=true

BKA erst jüngst wieder feststellte, erheblich ist:[10] So werden neunzig bis fünfundneunzig Prozent aller Korruptionsdelikte nicht aufgedeckt. Vieles, was strafrechtlich relevant sei, werde gar nicht erst angezeigt bzw. von den Staatsanwaltschaften aus unterschiedlichen Gründen nicht aufgegriffen und verfolgt. An diesem Zustand hat sich seither wenig geändert, obgleich in der Zwischenzeit mehrere Schwerpunktstaatsanwaltschaften geschaffen wurden, darunter eine „zur Bekämpfung von Vermögensstraftaten und Korruption im Gesundheitswesen“ in Frankfurt/Main.[11]

Zum Abschluss sei nur noch auf wenige Punkte aufmerksam gemacht:

1. Mangelnder Qualitätswettbewerb führt in allen Branchen, so auch im Gesundheitsmarkt, zu einem undurchsichtigen Übermaß an Marketing und Lobbying. Weltweit führt der Abbau von Forschungsprojekten zum Zwecke der firmeninternen Kosteneinsparung zu einem Mangel an Innovationen, so dass dem Qualitätswettbewerb zwischen den Unternehmen die Grundlage entzogen wird. Das Marketing kann sich kaum noch auf qualitative Unterschiede der Produkte stützen, Mangel an Neuheiten zwingt auch zu Fusionen von international tätigen Großkonzernen, um dadurch Zugang zu den Entwicklungen des Partners zu erhalten und möglicherweise neue Marktsegmente zu erschließen. In Deutschland gibt es ein Überangebot an wirkungsgleichen Arzneimitteln, und die Konkurrenz der Anbieter ist daher entsprechend heftig, wie man am ausgeprägten Lobbyismus und den vielfältigen Bestrebungen, gesundheitspolitische Entscheidungen zu beeinflussen, erkennen kann. Die Hersteller von Pharma- und Medizinprodukten dürfen rezeptpflichtige Produkte dem Patienten direkt weder anbieten noch durch Werbung anpreisen,[12] sie konzentrieren ihre werblichen Anstrengungen für solche Produkte also auf die Fachkreise. Allerdings wird für Medizinprodukte auch in der Grauzone der Selbsthilfegruppen intensiv geworben, wodurch einzelne dieser Gruppen in eine Abhängigkeit geraten und sich mitunter sogar als Marketingagenten ihres Sponsors betätigen. Auch die Werberegeln für rezeptfreie Mittel werden vielfältig umgangen und sind weitgehend ineffektiv, weil sie kaum sanktionsbewehrt sind und auf Grund der Interessenlage der Werbewirtschaft auch so gut wie gar nicht verfolgt werden. Die Kontrolle müsste durch das Wirtschaftsministerium in jenem Bundesland erfolgen, in dem das Unternehmen seinen deutschen Sitz hat. Die Effektivität dieser Kontrolle kann sich jeder ausmalen.

---

[10] Presseerklärung des Bundeskriminalamtes vom 27.8.2008 (http://www.bka.de/nn/232864/SharedDocs/Downloads/DE/Presse2008/pm080827presseinformationok.html).

[11] Zu den Erfahrungen der Frankfurter Schwerpunktstaatsanwaltschaft siehe im Einzelnen den Beitrag von *Badle* (in diesem Band, S. 27 ff.).

[12] Siehe im Einzelnen die Vorschriften des Heilmittelwerbegesetzes.

2. Die Unabhängigkeit von Sachverständigen ist gefährdet. In allen Stadien der Entwicklung, des In-Verkehr-Bringens, des Marketings und des Vertriebs von Medizinprodukten sind medizinische Sachverständige innerhalb und außerhalb der Hersteller- oder Vertriebsunternehmen gefragt. Ihre Situation ist aus einer Vielzahl von Gründen problematisch:
   - Schon ihre Ausbildung ist in vielen Fällen durch die Industrie gesponsert (Praktika, Forschungsaufträge, Artikel, Stellen etc.). Ihre Fortbildung wird immer noch und mit nur wenigen Ausnahmen wie etwa dem bemühten Präsidenten der Ärztekammer Berlin oder dem HELIOS-Konzern nahezu durchgängig von der Industrie bezahlt.
   - Sie sind beruflich von Aufträgen der Industrie abhängig.
   - Wenn sie eine wissenschaftliche Karriere anstreben, sind sie auf Veröffentlichungen, Gutachten, das Einwerben von Drittmitteln angewiesen. Dies alles kann durch den Einfluss der anbietenden Wirtschaft befördert oder behindert werden.

Weil das so ist, findet man – beispielsweise für die Arzneimittelkommission der Deutschen Ärzteschaft – nur sehr schwer unabhängige Sachverständige. Die öffentliche Auseinandersetzung im vorvergangenen Jahr über die Besetzung der Ständigen Impfkommission[13] hat gezeigt, wie schädlich es für das Vertrauen der Bevölkerung in die Notwendigkeit einer medizinischen Maßnahme ist, wenn Zweifel an der Unabhängigkeit der Sachverständigen bestehen.

Man kann sicher so weit gehen zu behaupten, dass die wissenschaftliche Forschung durch selektives Sponsern von erwünschten Forschungsgegenständen und/oder klinischen Studien gesteuert wird, so dass möglichst nur genehme Forschungsdaten produziert werden. Leider sind aber zunehmend wissenschaftliche Fachzeitschriften von der Herstellerwerbung abhängig. Verlage haben oft Absprachen mit den Verbänden der pharmazeutischen Industrie, in denen sie sich verpflichten, Manuskripte vor der Entscheidung über die Veröffentlichung den Herstellern zur Verfügung zu stellen.

Bedenklich ist die Unsitte, dass Kongressmitteilungen, die zuvor keiner wissenschaftlichen Qualitätsprüfung und keinem Peer-Review-Verfahren unterworfen waren, lange vor der vollständigen Publikation der Daten Herstellern zu Werbe- und Marketingzwecken zur Verfügung gestellt werden. Die wissenschaftliche Information wird oft zusätzlich gesteuert durch die Finanzierung von wissenschaftlichen Kongressen auf Gebieten, die für das Marketing interessant sind.

---

[13] *Zylka-Menhorn, Stüwe*, Interview mit Prof. Dr. rer. nat. Dr. med. Friedrich Hofmann (Universität Wuppertal), Ex-STIKO-Vorsitzender: Unmut hinter den Kulissen, Dtsch Ärztebl 2011; 108(8): A-363.

3. Last but not least sind auch die Versicherten selbst zu nennen, die das System durch ihr Verhalten ausnutzen. Ihr Denkfehler beruht vor allem darauf, dass sie ihre Krankenkassenbeiträge wie eine Geldanlage sehen, von der sie im Laufe der Jahre eine Art Verzinsung erwarten. Dass sie stattdessen eine Solidarleistung in Anspruch nehmen, die dafür geschaffen wurde, dass niemand ein Gesundheitsrisiko tragen soll, welches für ein Individuum oder eine Familie allein zu groß ist, wurde ihnen nicht beigebracht. Hier liegen große Aufgaben für die Politik. Statt um Kopfpauschalen geht es um Gerechtigkeit!

Wie viel Strafrecht braucht der deutsche Gesundheitsmarkt?

- Erfahrungen aus der staatsanwaltschaftlichen Praxis -

Alexander Badle

Es mag verwundern, wenn ein Staatsanwalt, der seit fast 10 Jahren ausschließlich Ermittlungsverfahren aus den Bereichen Vermögensstraftaten und Korruption im Gesundheitswesen bearbeitet, diese Frage stellt. Sie scheint zudem schnell beantwortet, blickt man auf die Bilanz der Zentralstelle zur Bekämpfung von Vermögensstraftaten und Korruption im Gesundheitswesen,[1] kurz ZBVKG, die am 1.10.2009 als bundesweit erste Zentralstelle bei der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main errichtet worden ist, deren Tätigkeit aber bis in das Jahr 2002 zurückreicht: Insgesamt 3.766 abgeschlossene Ermittlungsverfahren aus sämtlichen Bereichen der medizinischen Versorgung und 16,5 Millionen Euro abgeschöpfte unrechtmäßige Gewinne (Stand: 31.12.2010), die als Zahlungsauflagen aus Verfahrenseinstellungen nach § 153a StPO oder Bewährungsauflagen aus Verurteilungen (vgl. § 56b StGB) generiert und überwiegend an die Kostenträger zurückgeflossen

[1] Nähere Informationen: http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/38312/Zentralstelle_zur_Korruptionsbekaempfung_im_Gesundheitswesen_eingerichtet.htm, http://www.fr-online.de/rhein-main/tatort-gesundheitsmarkt/-/1472796/3271290/-/index.html, http://krankenkassen.de/dpa/159626.html.

sind, belegen, dass es sich bei Rechtsverstößen am „Tatort Gesundheitsmarkt" nicht um Einzelfälle handelt.

Ein Markt, in dem jährlich ca. 200 Milliarden Euro umgesetzt werden (GKV und PKV), der zudem maßgeblich geprägt ist von stetig wachsendem Kostendruck, intransparenten und teilweise veralteten Gebührenordnungen und sich ständig ändernden rechtlichen Rahmenbedingungen, bietet naturgemäß einen Nährboden für strafrechtlich relevante Sachverhalte. Betracht man weiterhin den Stellenwert, die der medizinischen Versorgung in einer Gesellschaft zukommt – die GKV wird zu Recht als eine der tragenden Säulen unseres Sozialstaats bezeichnet –, dann steht außer Frage, dass der deutsche Gesundheitsmarkt eines effektiven und effizienten Schutzes auch durch das Strafrecht bedarf.

Dennoch hat die Frage nach der konkreten Ausgestaltung der strafrechtlichen Kontrolle und dem Maß der strafrechtlichen Sanktionierung nicht nur ihre Berechtigung. Ihr kommt eine zentrale Bedeutung zu, wenn das Strafrecht einerseits seine verfassungsrechtlich zugeschriebene Aufgabe im Gesundheitsmarkt effektiv und effizient erfüllen, andererseits nicht zum bloßen Vehikel diverser Sonderinteressen degradiert werden soll. Die insoweit erforderliche korrekte Positionsbestimmung des Strafrechts erweist sich u.a. aufgrund der spezifischen Rahmenbedingungen des Gesundheitsmarkts als schwierig. Klar gelagerte Sachverhalte bilden in diesem Teilbereich des Wirtschaftsstrafrechts eher die Ausnahme. Meist bedarf es bereits bei Prüfung des Vorliegens eines Anfangsverdachts i.S.v. § 152 Abs. 2 StPO der Klärung komplexer sozialrechtlicher und gebührenrechtlicher Vorfragen. Diese Fragestellungen begleiten die Ermittlungsbehörden während der gesamten Dauer des Ermittlungsverfahrens. Ihre Beantwortung ist zudem ohne Hinzuziehung externer Expertise oft nicht möglich. Die mangelnde Kernkompetenz der Ermittlungsbehörden in diesem wichtigen Teilsegment macht sie anfällig für eine Einflussnahme durch Dritte.

Kostenträger, insbesondere Krankenkassen, aber auch Kassenärztliche Vereinigungen verfolgen jeweils eigene Interessen, die maßgeblich auf die Rückführung zu Unrecht verausgabter Gelder abzielen. Hierbei ist aus Sicht der Kostenträger zweitrangig, ob ein Arzt oder sonstiger Leistungserbringer Gelder in strafrechtlich relevanter oder lediglich gebührenrechtlich unzulässiger Art und Weise erlangt hat. Diese Differenzierung fällt auch nicht in den Aufgabenbereich der Kostenträger, sondern bleibt den Strafverfolgungsbehörden vorbehalten. Zudem hat der Gesetzgeber die gesetzlichen Krankenkassen sowie die Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Vereinigungen gesetzlich dazu verpflichtet, bei Vorliegen eines Anfangsverdachts auf strafbare Handlungen mit nicht nur geringfügiger Bedeutung die Staatsanwaltschaft unverzüglich zu unterrichten (§§ 81a Abs. 4, 197a Abs. 4 SGB V). Betrachtet man das Gesamtbild aus mangelnder Kernkompetenz der Ermittlungsbehörden in sozialrechtlichen und gebührenrechtlichen Fragestellungen, spezifischen Interessen der Kostenträger und deren gesetzlich normierter Verpflichtung zur Erstattung von Verdachtsmitteilungen, wird deutlich, dass es für die Strafverfolgungsbehörden durchaus schwierig sein kann, das Leitprinzip der

objektiven Sachaufklärung (vgl. § 160 StPO) bei Ermittlungsverfahren im Gesundheitsmarkt durchzusetzen.

Hinzu kommt dann oft noch ein durch die Medien erzeugter öffentlicher Druck, dem sich auch die Ermittlungsbehörden nicht immer vollständig entziehen können. Die Medien verfolgen den Gesundheitsmarkt seit einigen Jahren sehr aufmerksam. Die Berichterstattung ist hierbei oft simplifizierend bis tendenziös und lässt sich verkürzt mit den Schlagworten „gierige Mediziner und korrupte Pharmaunternehmen" zusammenfassen. Auf diese Weise schüren die Medien nicht nur eine Atmosphäre des pauschalen Misstrauens gegen Ärzte und Pharmaunternehmen; sie verhindern gleichzeitig, dass die Öffentlichkeit den Gesundheitsmarkt in seiner Komplexität erfasst und sich mit den relevanten Themen in der gebotenen Differenziertheit auseinandersetzt. Die Berichterstattung beschränkt sich regelmäßig nicht auf die Zurverfügungstellung von Informationen und Fakten, auf deren Grundlage sich der Adressat eine eigene Meinung zu bilden vermag. Der Journalist liefert vielmehr seine eigene Interpretation und Wertung, die oft Zeugnis ablegt von der Unkenntnis der Realitäten und spezifischen Bedingungen des Gesundheitsmarktes. Auf diese Weise wird über die Medien ein eindimensionales Schwarz-Weiß-Bild des Gesundheitsmarktes gezeichnet. Es ist ein fragwürdiges Privileg der Medien, dass die Qualität der Berichterstattung in der Öffentlichkeit immer seltener hinterfragt wird, sich zunehmend eine Art „fast food Journalismus" etabliert, der nicht davor zurückschreckt, auch spezifische Fachthemen aufzugreifen und diese inhaltlich derart auszuhöhlen, dass am Ende kaum mehr als eine reißerische headline übrig bleibt. Die Berichterstattung über die Zuweisungspauschalen im Sommer 2009 sei hier beispielhaft erwähnt.

Das über die Medien transportierte Schwarz-Weiß-Bild des Gesundheitsmarktes greifen auch die Kostenträger mitunter dankend auf; finden sie sich doch regelmäßig auf der „weißen Seite" der Bildfläche wieder. Diese Entwicklung ist durchaus kritisch zu betrachten, da die Gefahr besteht, dass auch die Strafverfolgungsbehörden diese vereinfachte Sichtweise übernehmen, insbesondere dann, wenn es ihnen an eigener Expertise fehlt und sie von Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen nicht lediglich Fakten und Informationen erhalten, sondern auch Wertungen, und diese ungeprüft übernehmen. Um ihren gesetzlichen Auftrag korrekt zu erfüllen, ist es jedoch zwingend erforderlich, dass sich die Strafverfolgungsbehörden der Komplexität des Gesundheitsmarktes stellen und eigene Wertungen vornehmen. Der Gesundheitsmarkt besteht überwiegend aus Grauzonen, in denen das Strafrecht mit der gebotenen Zurückhaltung anzuwenden ist, damit es seine verfassungsrechtlich zugeschriebene ultima-ratio-Funktion bewahrt. Diesen Appell, den *Hendrik Schneider* in seinem Beitrag in der Festschrift für Manfred Seebode überzeugend formuliert hat,[2] möchte ich als zentralen Leitgedanken aufgreifen. Dieser Leitgedanke bildet gleichsam das Fundament, auf dem die Tätigkeit der ZBVKG gründet.

---

[2] Vgl. *H. Schneider*, in: Seebode-FS 2008, S. 331 ff.

Es ist nicht Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden, Interessenpolitik zu flankieren, ganz gleich wie sachgerecht die jeweilige Position auch sein mag. Die Strafverfolgungsbehörden haben den gesetzlich zugewiesenen Auftrag, Lebenssachverhalte auf das Vorliegen verfolgbarer Straftaten zu überprüfen und im Zuge ihrer Ermittlungen sämtliche belastenden und entlastenden Beweise zu erheben. Dieses Prinzip der objektiven Sachaufklärung kann nur umgesetzt werden, wenn sich die Strafverfolgungsbehörden von der Einflussnahme durch die unterschiedlichen Interessenlagen, die am Tatort Gesundheitsmarkt aufeinander treffen, freimachen. Es ist insbesondere nicht Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden, mangelhafte Vertragswerke oder unzureichende rechtliche Rahmenbedingungen auszugleichen oder Wirtschaftsethik und Wirtschaftsmoral in den hart umkämpften Gesundheitsmarkt zu tragen. Zweifelsohne kann das Strafrecht Wirtschaftsethik und Wirtschaftsmoral positiv beeinflussen. Die Schaffung effizienter Compliance-Strukturen in Wirtschaftsunternehmen – auch als Folge bedeutender Wirtschaftsstrafverfahren – sei hier beispielhaft erwähnt. Solche positiven Nebeneffekte dürfen jedoch nicht mit der eigentlichen Zielsetzung verwechselt werden. Die faktische Steuerungsmöglichkeit mit Mitteln des Strafrechts bietet eine verführerische Machtoption. Hierbei darf aber nicht verkannt werden, dass das Strafrecht keine nachhaltige Veränderung eines Marktes oder einer Unternehmenskultur bewirken wird. Ein Strukturwandel kann nur durch die Wirtschaft und die Unternehmen selbst erreicht werden. Das Strafrecht vermag dazu einen – in seiner Intensität sicher unterschiedlich starken – Impuls zu geben; damit ist aber die Grenze dessen definiert, was mit Mitteln des Strafrechts erreicht werden kann. Es wäre nicht nur contra legem, sondern auch kontraproduktiv, würde man die Aufgabe des Strafrechts jenseits einer solch faktischen Wirkung definieren.

Als Beispiel sei hier die sich abzeichnende Änderung der Rechtsprechung zur Strafbarkeit des sog. „Pharmamarketings" angeführt. Die Würfel sind zwar noch nicht gefallen; die Entscheidung des Großen Strafsenats (Az.: 3 StR 458/10)[3] über die Revision gegen das Urteil des Landgerichts Stade (AZ.: 12 KLs 170 Js 18207/09)[4] steht noch aus. Es zeichnet sich aber bereits eine deutliche Tendenz in Richtung einer Strafbarkeit ab, sei es unter der Vorschrift des § 299 StGB, vielleicht sogar nach den Amtsdelikten der §§ 331 ff. StGB. Diese Entwicklung wird im Lager der Krankenkassen bereits als Erfolg gefeiert, so als ob eine BGH-Entscheidung die jahrzehntelange Entwicklung eines milliardenschweren Marktes einfach umkehren könnte. Diese Hoffnung der Krankenkassen wird sich voraussichtlich nicht erfüllen, da sich den Pharmaunternehmen eine Reihe von Handlungsoptionen bietet, zu denen u.a. diffizile Umgehungs- und Verschleierungsstrategien zählen, mit denen unzulässige Zuwendungen weiterhin im Markt gehalten werden können. Dadurch würde sich für die Strafverfolgungsbehörden z.B. der

[3] Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats v. 5.5.2011, abrufbar: BeckRS 2011, 10129, sowie zuletzt weiterer Vorlagebeschluss des 5. Strafsenats v. 20.7.2011 (Az.: 5 StR 115/11), abrufbar: BeckRS 2011, 19728.

[4] Urteil vom 04.08.2010, abrufbar: BeckRS 2011, 18495.

Nachweis einer „Unrechtsvereinbarung" noch schwieriger gestalten, als dies in der Vergangenheit ohnehin bereits der Fall gewesen ist. In dem Erfordernis des hinreichenden Nachweises einer sog. Unrechtsvereinbarung lag auch die eigentliche Kernaussage des vielzitierten Beschlusses des OLG Braunschweig vom 23.02.2010 (Ws 17/10)[5], die in der Außendarstellung durch die Medien weitgehend ausgeblendet worden ist. Das mag als weiterer Beleg für eine über die Medien forcierte Interessenpolitik dienen, die sich meist nur am Rande mit komplexen Rechtsfragen beschäftigt.

Die Bestrebungen der Pharmaindustrie auf Verbandsebene, z.B. durch die Arbeit des AKG e.V. und des FSA e.V., eine wirksame Selbstkontrolle zu schaffen, haben im Schatten der seit Jahren andauernden Diskussion um die Strafbarkeit des Pharmamarketings nicht ausreichend Beachtung gefunden. Das ist insoweit bedauernswert, als hier ein wichtiger Schlüssel für eine nachhaltige Änderung der Marketingstrategien der Pharmaindustrie liegt. Über die Zielsetzung besteht weitgehend Übereinstimmung in der Ärzteschaft und der Pharmaindustrie. Nur ob der Weg dorthin mit Mitteln des Strafrechts flankiert werden soll, darüber wird der Große Senat für Strafsachen befinden.

Wie viel Strafrecht braucht also der deutsche Gesundheitsmarkt? Mit Blick auf die vorangehenden Ausführungen lässt sich die Frage m.E. dahingehend beantworten, dass der Gesundheitsmarkt, so wie andere Branchen auch, ein effektives und effizientes Strafrecht benötigt, das die spezifischen Rahmenbedingungen des Marktes berücksichtigt, sich aber zugleich in seinen – insbesondere durch das ultima-ratio-Prinzip definierten – Grenzen bewegt und insbesondere keinen Anspruch auf Durchsetzung sachfremder Interessenpositionen erhebt.

Nur ein mit Augenmaß eingesetztes Strafrecht wird bei den Verfahrensbeteiligten die nötige Akzeptanz finden und in präventiver Hinsicht eine positive Entwicklung anstoßen. Ein Übermaß an Strafrecht birgt hingegen die Gefahr, eine Flucht in Neutralisierungsstrategien auszulösen und so den Weg für neue Unrechtsvereinbarungen und Umgehungsstrategien zu bereiten. Meine Überzeugung, dass der Gesundheitsmarkt ein maßvolles Strafrecht benötigt, basiert auf einer knapp 10-jährigen praktischen Erfahrung im Umgang mit einer Klientel, bei der es sich überwiegend um Ersttäter handelt, denen eine wichtige gesellschaftliche Aufgabe anvertraut ist und die – überwiegend zu Recht – über eine hohe gesellschaftliche Reputation verfügen. Zweifelsohne müssen diejenigen, die ihre berufliche Stellung bewusst dazu missbrauchen, ein maßgeblich auf Vertrauen beruhendes Abrechnungssystem zu schädigen, mit der nötigen Konsequenz verfolgt werden. Diese Fälle bilden aber die Ausnahme, nicht die Regel, auch wenn diese Relation in den Medien ab und an umgekehrt wird.

---

[5] NStZ 2010, 392 ff.m. Bspr. *Geis*, wistra 2010, 280 ff., *H. Schneider*, StV 2010, 365 ff., *Steinhilper*, MedR 2010, 497 f., *Warntjen/Schelling*, PharmaR 2010, 509 ff., *Wostry*, JR 2011, 163 ff.

B. Strafrecht und Sozialrecht

Das Strafrecht als Büttel des Sozialrechts?

- Ein Plädoyer für die Autonomie strafrechtlicher Begriffsbildung im Fall des Abrechnungsbetruges im Gesundheitswesen -

Hendrik Schneider

I. Die so genannte „streng formale Betrachtungsweise" im Bereich des Sozialversicherungsrechts

1. Grundlagen und Fragestellung

Der Vertragsarztabrechnungsbetrug steht seit geraumer Zeit im Fokus des kriminalpolitischen, kriminologischen und strafrechtsdogmatischen Interesses. Seit 2009 wird er in der Polizeilichen Kriminalstatistik unter der Rubrik „Abrechnungsbetrug im Gesundheitswesen" gesondert registriert. Hierbei handelt es sich um größere Verfahrenskomplexe gegen Repräsentanten von Krankenhäusern, um Verfahren gegen einzelne niedergelassene Vertragsärzte, gegen Hebammen oder gegen Mitarbeiter von Pflegeeinrichtungen.[1] Insgesamt wurden im Jahr 2009 in der PKS 4.760 Fälle des Abrechnungsbetruges im Gesundheitswesen erfasst. Der registrierte Schaden wird mit rund 46 Mio. Euro angegeben.[2]

---

[1] Überblick bei *Ehler*, Transparency beklagt Korruption und Betrug im Gesundheitswesen, VW 2006, 919.

[2] Wirtschaftskriminalität Bundeslagebild 2009, abrufbar unter http://www.bka.de/lageberichte/wi/wikri_2009.pdf.

Unter einem strafrechtsdogmatischen Blickwinkel sind allerdings nicht nur die Feststellung der Schadenshöhe, sondern auch der Begriff des Vermögensschadens und die Identifikation des Geschädigten problematisch. In letztgenannter Hinsicht ist bei gesetzlich versicherten Patienten danach zu unterscheiden, ob die Leistung, wie zum Beispiel im Fall der Abrechnung einer Krankenhausbehandlung, unmittelbar gegenüber der Krankenkasse des Patienten erfolgt oder ob, wie im Regelfall bei der Abrechnung einer ambulanten Behandlung durch einen Vertragsarzt, gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung (KV) abgerechnet wird. Im zuerst genannten Fall kann die Krankenkasse des Patienten unmittelbar geschädigt sein.[3] Im Fall der Abrechnung gegenüber der KV geht die herrschende Meinung demgegenüber von der Konstellation eines Dreiecksbetruges aus:[4] Die KV verfüge über die ihr seitens der Kassen überwiesenen „Gesamtvergütung“, die sie treuhänderisch für ihre Mitglieder, die Vertragsärzte, verwalte und aufgrund des Honorarverteilungsvertrages und der jeweiligen Quartalsabrechnung an die Vertragsärzte auskehre. Da die KV im „Lager“ der Vertragsärzte stehe, verfüge sie über deren Vermögen, so dass im Fall einer Falschabrechnung das Kollektiv der ca. 120.000 ordnungsgemäß abrechnenden Pflichtmitglieder geschädigt sei. Nach Umstellung von der „gedeckelten Gesamtvergütung“ auf die „morbiditätsbedingte Gesamtvergütung“ mit feststehenden regionalen Euro-Gebührenordnungen (§ 87a SGB V) ist diese Betrachtungsweise allerdings fraglich und bis heute dogmatisch ungeklärt.[5] Da die Vergütung der Vertragsärzte nunmehr anhand feststehender „Orientierungspunktwerte“ erfolgt, ist alternativ auch eine Schädigung der Krankenkassen denkbar, soweit die einzelne Falschabrechnung in den so genannten „Ausgangszeitraum“ fällt, der für die Berechnung der zukünftigen Gesamtvergütung maßgeblich ist.

Ob überhaupt ein Vermögensschaden vorliegt, beurteilt sich nach herrschender Lehre und ständiger Rechtssprechung grundsätzlich nach der so genannten Saldierungslehre.[6] Die Saldierungslehre beruht auf einem Vergleich des Vermögens

---

[3] *Schneider*, Getarnte „Kopfprämien“ – Strafrechtliche Grenzen der Kooperation zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern, HRRS 2009, 484 (487 f.).

[4] *Freitag*, Ärztlicher und zahnärztlicher Abrechnungsbetrug im deutschen Gesundheitswesen, 2008, S. 119; *Geilen*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 2. Aufl. 2009, S. 456 f.; *Grunst*, Zum Abrechnungsbetrugs bei fehlender ordnungsgemäßer Zulassung zum Vertragsarzt, NStZ 2004, 533 (537); *Hellmann/Herffs*, Der ärztliche Abrechnungsbetrug, 2006, Rn. 162; *Luig*, Vertragsärztlicher Abrechnungsbetrug und Schadensbestimmung, 2009, S. 77; *Schroth/Joost*, Strafbares Verhalten bei der ärztlichen Abrechnung, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 179 (194 f.); *Sommer/Tsambikakis*, in: Terbille (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 1. Aufl. 2009, § 2 Rn. 141; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, S. 543; a.A. *Schuhr*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2011, § 263 Rn. 50; *Duttge*, Strafrechtliche Folgen sogenannter Scheinpartnerschaften, in: Schnapp (Hrsg.), Rechtsfragen der gemeinschaftlichen Berufsausübung von Vertragsärzten, 2002, S. 79 (101 f.), der verlangt, dass der täterseitig erzielte Vorteil unmittelbar aus dem Vermögen eines konkretisierbaren Geschädigten herrührt.

[5] Ansätze bei *Freitag* 2008 (Fn. 4), S. 108 ff.; *Luig* 2009 (Fn. 4), S. 80 ff.

[6] Zum Prinzip der Gesamtsaldierung vgl. BGHSt 30, 388 (389); BGH NStZ 1997, 32 (33); 1999, 353 (354); Schönke/Schröder-*Cramer/Perron*, 28. Aufl. 2010, § 263 Rn. 106 ff.; HK-*Duttge*, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 263 Rn. 56 f.; MünchKommStGB-*Hefendehl*, 1. Aufl. 2006, § 263 Rn. 442 ff.; Lackner/*Kühl*, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2011, § 263 Rn. 36 f.

des Getäuschten vor und nach seiner Vermögensverfügung. Ein Vermögensschaden ist im Fall eines negativen Saldos anzunehmen. Ist die verfügungsbedingte Vermögensminderung demgegenüber durch ein wirtschaftliches Äquivalent kompensiert, kann nach der Saldierungslehre ein Schaden nicht bestehen. Etwas anderes gilt nach Auffassung der Rechtsprechung allerdings für den Fall des Abrechnungsbetruges im Gesundheitswesen.[7] Hier sei ein Schaden schon dann anzunehmen, wenn die erbrachte Leistung „in Teilbereichen" nach den sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen nicht erstattungsfähig ist. Auf eine mögliche Schadenskompensation soll es dabei zumindest auf der Tatbestandsebene nicht ankommen.

Bereits an anderer Stelle habe ich für die Abschaffung dieser „streng formale Betrachtungsweise" genannten Auffassung plädiert.[8] Dieses Plädoyer soll vorliegend wiederholt und um einige grundsätzliche Ausführungen zum Verhältnis zwischen Sozialrecht und Strafrecht ergänzt werden.

2. Die Entwicklung der Rechtsprechung

Die „streng formale Betrachtungsweise" wurde zuerst vom 4. Strafsenat des BGH im Beschluss vom 28.09.1994[9] entwickelt. Ausweislich des zur Entscheidung stehenden Sachverhalts hatte ein als Vertragsarzt zugelassener Radiologe einzelne Untersuchungen von seinem nichtärztlichen Praxispersonal ausführen lassen. Entgegen der ihm bekannten Richtlinie der KV, die für derartige Fälle eine Einzelfallanweisung nach vorheriger Begutachtung des Gesundheitszustandes des Patienten vorschrieb, geschah dies allerdings aufgrund einer Generalanweisung (sog. „Delegationsfall"). Da der angeklagte Radiologe die Leistungen gegenüber der KV ohne Offenlegung der „Generalanweisung" abrechnete, lag nach Rechtsauffassung des BGH eine Täuschung über die Voraussetzungen des Erstattungsanspruchs vor, die einen Vermögensschaden in voller Höhe der dem Angeklagten erstatteten Beträge begründet. Dies beruhe – so die Ansicht des Senats – „auf einer für den Bereich des Sozialversicherungsrechts geltenden streng formalen Betrachtungsweise, nach der eine Leistung insgesamt nicht erstattungsfähig ist, wenn sie in Teilbereichen nicht den gestellten Anforderungen genügt"[10].

Diese Rechtsprechung konnte sich entgegen der nahezu einhelligen Kritik[11] aus dem strafrechtlichen Schrifttum vor allem deshalb durchsetzen, weil die Ver-

---

[7] BGH NStZ 1995, 85 f.; NJW 2003, 1198 ff.; OLG Koblenz MedR 2001, 144 ff.

[8] *Schneider*, Plädoyer für die Abkehr von der „streng formalen Betrachtungsweise" im Bereich des Abrechnungsbetruges, in: *Wienke/Janke/Kramer* (Hrsg.), Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht. Unerwartete und unerwünschte Strafbarkeitsrisiken in der vertragsärztlichen Berufsausübung, 2011, S. 57 ff.

[9] BGH NStZ 1995, 85 f. mit zust. Anm. *Hellmann*, NStZ 1995, 232 f.

[10] BGH NStZ 1995, 85 (86) unter Verweis auf BSGE 39, 288 (290).

[11] *Duttge* 2002 (Fn. 4), S. 96 ff.; *Ellbogen/Wichmann*, Zu Problemen des ärztlichen Abrechnungsbetruges, insbesondere der Schadensberechnung, MedR 2007, 10 (14); *Gaidzik*, Abrechnung unter Verstoß gegen die Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung – Betrug des Arztes gemäß § 263 StGB, wistra 1998, 329 (331 ff.); *Idler*, Betrug bei Abrechnung ärztlicher Leistungen ohne Kassenzulassung,

fassungsbeschwerde eines anderen Radiologen gegen eine letztinstanzliche Entscheidung in einem vergleichbaren Fall keinen Erfolg hatte.[12] In der knapp gehaltenen Begründung des Nichtannahmebeschlusses der 2. Kammer des Zweiten Senats führt das höchste Gericht insoweit aus, die „streng formale Betrachtungsweise" verstoße nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG, denn der mögliche Wortsinn des § 263 StGB sei „offensichtlich" nicht überschritten.

In der Folgezeit berief sich unter anderem das OLG Koblenz in seinem Beschluss vom 02.03.2000[13] auf die „streng formale Betrachtungsweise" und bejahte einen Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB bei der Beschäftigung von „Scheingesellschaftern". Ein Vertragsarzt hatte einen anderen Arzt im Angestelltenverhältnis entgegen der dafür maßgeblichen Vorschriften (§§ 95 SGB V, 32 ff. Ärzte-ZV) beschäftigt. Um einen größeren Gewinn erzielen zu können, wurde dieser nach außen hin jedoch als selbständiger Vertragsarzt im Rahmen einer Gemeinschaftspraxis tätig. Obwohl es sich bei den abgerechneten Leistungen um aus medizinischer Sicht tadellose ärztliche Leistungen handelte, waren diese nach den Grundsätzen des Vertragsarztrechts nicht erstattungsfähig.[14] Wegen des danach gegebenen dringenden Tatverdachts des Abrechnungsbetruges half das OLG der Beschwerde gegen den Haftbefehl des in Untersuchungshaft einsitzenden Vertragsarztes nicht ab.

Der vorläufig letzten Entscheidung des BGH (3. Strafsenat) vom 05.12.2002[15], in der die „streng formale Betrachtungsweise" bemüht wurde, lag die Problematik der sog. „Strohmann-Tätigkeit"[16] zugrunde: Ein selbst nicht als Kassenarzt zugelassener Zahnarzt ließ seine gegenüber Kassenpatienten erbrachten Leistungen von einem zugelassenen Kollegen gegen eine monatliche Zahlung von 6.000 DM abrechnen.[17] Auch hier bejahte der BGH das Vorliegen eines Vermögensschadens, da der Angeklagte „ohne kassenärztliche Zulassung nicht berechtigt ist, an der durch die KV erfolgten Verteilung der von den Kassen bezahlten Honorare teilzunehmen".

JuS 2004, 1037 (1040 f.); *Schroth/Joost* 2010 (Fn. 4), S. 196 ff.; *Ulsenheimer* 2008 (Fn. 4), S. 550 ff.; *Volk*, Zum Schaden beim Abrechnungsbetrug, NJW 2000, 3385 (3386 ff.); a.A. *Schuhr* 2011 (Fn. 4), § 263 Rn. 44.

[12] BVerfG NJW 1998, 810.

[13] OLG Koblenz MedR 2001, 144 ff.

[14] Der Honoraranspruch des angestellten Arztes scheitert an der fehlenden Freiberuflichkeit und auch dem „Arbeitgeber-Arzt" steht kein Anspruch zu, da es an der gem. § 32b II Ärzte-ZV erforderlichen Genehmigung fehlt. Zur Erstattungsfähigkeit von Leistungen, die ärztlichem Berufsrecht zuwiderlaufen, vgl. auch BSGE 23, 97 (103); 36, 155 (156).

[15] BGH NJW 2003, 1198 ff. mit Anm. *Beckemper/Wegner*, NStZ 2003, 315 ff.

[16] Näher zu dieser Fallkonstellation: *Herffs*, Ärztlicher Abrechnungsbetrug bei Beschäftigung von Strohpartnern?, wistra 2004, 281 ff.

[17] Hier stellt sich weiterhin die vom Gericht unbeantwortete Frage, inwieweit dem nicht persönlich abrechnenden Angeklagten überhaupt eine täterschaftliche Begehung zum Vorwurf gemacht werden kann; näher: *Beckemper/Wegner* 2003 (Fn. 15), 316 f.

II. Befreiung des Strafrechts von der sozialversicherungsrechtlichen Begriffsbildung

1. Das Verhältnis zwischen Sozialversicherungsrecht und Strafrecht

Die drei Fallbeispiele[18] haben gemeinsam, dass aus der Perspektive der Saldierungslehre kein Schaden entstanden ist. Denn im Rahmen der für die Schadensfeststellung erforderlichen „Gesamtsaldierung" ist die jeweils lege artis erbrachte Gegenleistung zu berücksichtigen, die vorliegend den Krankenkassen in Gestalt der Befreiung von einer Verbindlichkeit zufließt.[19]

Während der Patient vor der Behandlung einen entsprechenden Anspruch gegen seine Krankenkasse auf die erforderlichen medizinischen Sach- und Dienstleistungen hat (§§ 2, 23 Abs. 1, 27 SGB V), ist dieser nach der fachgerecht erbrachten Leistung erloschen. Für das Entfallen dieses Anspruchs des Patienten ist es ohne Bedeutung, ob für die Delegation der jeweiligen Leistung an das nichtärztliche Personal eine Einzel- oder eine Generalanweisung vorlag, ob sie durch einen selbständigen oder einen angestellten Arzt oder durch einen nicht für die vertragsärztliche Versorgung zugelassenen Arzt ausgeführt wurde. Denn in jedem Fall der medizinisch lege artis ausgeführten Leistungserbringung ist es nicht mehr erforderlich, dieselbe medizinische Leistung nochmals durch einen ordnungsgemäß abrechnenden Vertragsarzt vornehmen zu lassen. Das Nachholen der schon durch den nicht ordnungsgemäß abrechnenden Vertragsarzt erbrachten Leistung wird von der Krankenkasse nicht geschuldet, weil sie als Krankenbehandlung im Sinne der §§ 23, 27 SGB V nicht notwendig ist und sich der Leistungsanspruch des Versicherten gegenüber seiner Versicherung auf die Versorgung mit notwendigen Leistungen beschränkt.

Wenn der BGH gleichwohl von einem Schaden ausgeht, schließt er vom Vorliegen einer Täuschung unmittelbar auf den Schaden und gibt damit die Trennung der beiden unterschiedlichen Tatbestandsmerkmale auf. Zudem koppelt er die strafrechtliche Begriffsbildung an das Sozialversicherungsrecht und stellt das Strafrecht damit auch in Fallkonstellationen in den Dienst der Stabilisierung der norma-

---

[18] Zu weiteren denkbaren Fallkonstellationen, die allerdings bisher noch nicht im Fokus der Rechtsprechung standen, vgl. *Luig* 2009 (Fn. 4), S. 30 ff. m.w.N.

[19] Ebenso: *Duttge* 2002 (Fn. 4), S. 100; *Gaidzik* 1998 (Fn. 11), 331 f.; *Idler* 2004 (Fn. 11), 1041; *Schroth/Joost* 2010 (Fn. 4), S. 196 f.; *Stein*, Betrug durch vertragsärztliche Tätigkeit in unzulässigem Beschäftigungsverhältnis? Zugleich eine Besprechung des Beschlusses des OLG Koblenz vom 02.03.2000 – 2 Ws 92-94/00, MedR 2001, 124 ff.; *Wessing/Dann*, Scheinselbstständigkeit als Strafbarkeitsrisiko für Vertragsärzte – zugleich Anmerkung zu LG Lübeck, Beschluss vom 25.08.2005 – 6 KLs 22/04, GesR 2006, 150 (153): „Ist an der Leistung fachlich nichts auszusetzen, wird die Krankenkasse auch dann von ihrer Verpflichtung gegenüber dem Versicherten frei, wenn die Behandlung in den Händen eines Arztes lag, der in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfähigkeit eingeschränkt war"; einschränkend: *Herffs* 2004 (Fn. 16), 286; ablehnend: *Beckemper/Wegner* 2003 (Fn. 15), 316; *Schuhr* 2011 (Fn. 4), § 263 Rn. 44.

tiven Verhaltensanforderungen des SGB V, in denen das von § 263 StGB alleine geschützte Rechtsgut des Vermögens überhaupt nicht betroffen ist.

Eine derart enge Anbindung des strafrechtlichen Schadensbegriffs an die sozialrechtlichen Abrechnungsprämissen wäre allenfalls dann denkbar, wenn § 263 StGB – ebenso wie zum Beispiel der Straftatbestand des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) – unmittelbar sozialrechtsakzessorisch und damit faktisch als Blankett ausgestaltet wäre. Allerdings sind der Begriffsbildung selbst bei derartigen Straftatbeständen strafrechtsimmanente Grenzen gesetzt, die einem einfachen Automatismus des Rückschlusses vom Sozialrecht auf das Vorliegen strafrechtlicher Tatbestandsvoraussetzungen entgegenstehen können. So stellt zum Beispiel § 266a Abs. 1 StGB das Vorenthalten fälliger Sozialversicherungsbeiträge unter Strafe, wobei sich die Frage der Fälligkeit aus dem Sozialversicherungsrecht ergibt. Dieses kennt – aufgrund des im Sozialversicherungsrechts maßgeblichen „Entstehungsprinzips" – auch die rückwirkende Fälligkeit der Sozialversicherungsbeiträge (vgl. § 23 Abs. 1 SGB IV), die etwa im Zusammenhang mit der Feststellung der Tarifunfähigkeit der CGZP durch das BAG[20] im Bereich der Leiharbeit kürzlich höchst praxisrelevant geworden ist.[21] Die rückwirkende Fälligkeit der Beiträge kann aber wegen der unüberschreitbaren Grenze des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots (Art. 103 Abs. 2 GG, §§ 1, 2 StGB[22]) nicht geeignet sein, für den zurückliegenden Zeitraum eine Strafbarkeit nach § 266a StGB zu begründen. In diesem Falle sind es folglich die verfassungsrechtlichen Grundpostulate des Strafrechts, die einer strengen Sozialrechtsakzessorietät entgegenstehen.

Außerhalb derartiger Normen und Blankette, das heißt insbesondere auch bei der Prüfung des Vermögensschadens im Sinne des § 263 StGB, stellt die Sozialrechtswidrigkeit der Abrechnung nur eine Mindestvoraussetzung dar, an die sich die Frage des Negativsaldos nach der Saldierungslehre anschließt. Hat der Arzt sozialversicherungskonform abgerechnet, stellt sich die Frage des Schadens daher erst gar nicht. Denn was sozialversicherungsrechtlich erlaubt ist und sich in Einklang mit den jeweiligen Abrechnungsvoraussetzungen bewegt, kann strafrechtlich nicht verboten sein.[23] Steht aber, wie in den angeführten Fallkonstellationen, eine Sozialrechtswidrigkeit der Abrechnung fest, wird hierdurch die Prüfung der straf-

---

[20] BAG NZA 2011, 289.

[21] *Lembke*, Aktuelle Brennpunkte in der Zeitarbeit, BB 2010, 1533 ff.; *Fandel/Geisler*, Fehlende Tariffähigkeit der CGZP, BB 2010, 1927 ff.; *Geißler/Tschöpe/Schipp/Clemenz*, Equal Pay für Zeitarbeiter durch unwirksame Tarifverträge?, ArbRAktuell 2010, 113 ff.; *Plagemann/Brand*, Sozialversicherungsbeiträge für nicht erfüllte „Equal pay"-Ansprüche? Sozialrechtliche Folgen der CGZP-Entscheidung des BAG, NJW 2011, 1488 ff.; *Park/Riederer Freifrau von Paar/Schüren*, Arbeits-, sozial- und strafrechtliche Risiken bei der Verwendung von Scheintarifverträgen, NJW 2008, 3670 ff.

[22] Näher zum Rückwirkungsverbot bei Blanketten: Schönke/Schröder-*Eser/Hecker*, 28. Aufl. 2010, § 266 a Rn. 24; *Fischer*, Strafgesetzbuch, 58. Aufl. 2011, § 2 Rn. 8.

[23] Dies ergibt sich aus der sog. „asymmetrischen Akzessorietät" des Strafrechts: Ist ein Verhalten in anderen Rechtsgebieten erlaubt, darf es keinem strafrechtlichen Verbot unterliegen. Grundlegend: *Lüderssen*, Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 163 ff.

rechtlichen Tatbestandsmerkmale nicht obsolet. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Gedanken der „Einheit der Rechtsordnung“[24]. Eine rechtsgebietsübergreifende einheitliche Auslegung aus Gründen der inneren Ordnung und Einheit des Rechts ist allenfalls bei identischen Rechtsbegriffen geboten;[25] nicht aber dann, wenn das Strafrecht – wie bei § 263 StGB in Gestalt des Merkmals des Vermögensschadens – selbständige Tatbestandsvoraussetzungen enthält. Die Sozialrechtswidrigkeit der Abrechnung ist damit zwar eine, nicht aber die alleinige Voraussetzung, um eine Strafbarkeit wegen Betruges begründen zu können.[26]

Die zudem mit dem Wortlaut und der Historie[27] des § 263 StGB unvereinbare Auslegung des Betrugstatbestands in Gestalt der „streng formalen Betrachtungsweise“ degradiert das Strafrecht daher zu einem Büttel des Sozialrechts und missachtet das Verhältnis zwischen Sozialrecht und Strafrecht.[28] Ob das System der gesetzlichen Krankenversicherung – wie von der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre gewünscht – einen derart umfassenden Schutz durch das Strafrecht erhält, fällt alleine in die Kompetenz des Gesetzgebers und darf durch die Gerichte nicht korrigiert werden.

2. Saldierungslehre und „leistungsbezogenes Schadenselement“

Auch in den Fallgruppen des Abrechnungsbetruges muss daher die Saldierungslehre den Ausgangspunkt der Schadensfeststellung bilden. Ist die Krankenkasse vom Anspruch des Patienten auf ärztliche Versorgung befreit worden, kommt ein Schaden aufgrund des kompensierenden Zuwachses im Vermögen der Krankenkasse des Patienten nicht in Betracht.

Ob eine derartige Kompensation des Vermögensverlustes vorliegt, ist allerdings in den Fällen fraglich, in denen nachweislich ein „leistungsbezogenes Schadenselement“[29] betroffen ist. Mit dem von *Volk* in die Diskussion um den Ver-

[24] Grundlegend: *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998.

[25] Vgl. hierzu *Lenckner*, Privatisierung der Verwaltung und „Abwahl des Strafrechts“, ZStW 106 (1994), 502 (511), der unter Verweis auf *Engisch* (Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl. 1983, S. 78) entschieden dafür plädiert, „dass das Strafrecht in seiner Begriffsbildung grundsätzlich autonom“ sei, da „die strafrechtlichen Begriffe jeweils nach dem Schutzzweck des betreffenden Strafrechtssatzes ausgerichtet sein müssen“.

[26] Grundsätzlich: *Lüderssen* 2005 (Fn. 23), S. 171 f.: „So wichtig die Einheit der Rechtsordnung und damit auch die Rechtswidrigkeit ist – ihre Funktion kann nur die Vermeidung von Wertungswidersprüchen sein, nicht aber darf sie der Abstufung der Unrechtsbegriffe entgegenstehen“.

[27] Eingehend: *Schneider* 2011 (Fn. 8), S. 65 f.

[28] Vgl. *Demko*, Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen, 2002, S. 159: „Jede Teilrechtsordnung stellt im Rahmen ihrer Konkretisierung der Gesamtrechtsordnung eine eigene, ganz spezielle und allein auf ihre Zwecke abgestimmte „kleine“ Werteordnung mit konkret rechtsgebietsbezogenen Zweck- und Inhaltsbestimmungen auf, welche aber wiederum auf die Gesamtrechtsordnung zurückgeht und sich in jene einzufügen hat“.

[29] Grundlegend: *Volk* 2000 (Fn. 11), 3388; zustimmend *Schroth/Joost* 2010 (Fn. 4), S. 197 f.; *Ulsenheimer* 2008 (Fn. 4), S. 550 ff. ; vgl. auch Duttge 2002 (Fn. 4), S. 96 ff., der sich bei seiner strafrechtlichen Würdigung zur Fallgruppe der „Scheinpartnerschaften“ eingehend der schließlich zu Recht vernein-

tragsarztabrechnungsbetrug eingeführten Begriff des „leistungsbezogenen Schadenselements“ wird der Sache nach auf die Grundlagen der Schadensermittlung beim so genannten „Anstellungsbetrug“ zurückgegriffen. Bemisst sich der Wert einer Arbeitsleistung auch am Vorliegen einer bestimmten Ausbildung und Qualifikation, kann sich danach ein den Arbeitgeber über das Vorliegen der Qualifikation täuschender Arbeitnehmer selbst dann wegen Betruges strafbar machen, wenn er fachlich in der Lage ist, die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung zu erbringen.[30] Analog soll nach *Volk* ein Schaden beim Abrechnungsbetrug dann vorliegen, wenn der „Abrechnungsfehler leistungsbezogen“[31] ist. Denn soweit „die Qualifikation dessen, der die Leistung erbringt, zu den wertbildenden Faktoren“ gehöre, sei eine Leistung, die von einem nicht Qualifizierten ausgeführt werde, minderwertig, so dass schon nach den „allgemeinen Regeln zum Betrug“ ein Schaden vorliege.[32] Auf der Grundlage dieses Standpunktes bejaht *Volk* einen Vermögensschaden in den „Delegationsfällen“, weil bei der Leistungserbringung durch das Praxispersonal eine minderwertige Leistung vorliege. Bei „Scheingesellschaftern“ sei hingegen kein Leistungsbezug erkennbar. Folglich liege kein Schaden vor. Welche Konsequenzen sich bei der Abrechnung in den „Strohmannfällen“ ergeben, lässt *Volk* offen, weil die maßgebliche Entscheidung des 3. Senats des BGH aus dem Jahr 2002 zum Zeitpunkt seiner Publikation noch nicht vorlag und diese Fallgruppe auch im Schrifttum noch nicht diskutiert wurde. Der BGH, der in seiner Entscheidung *Volk* konzediert, der Schaden möge bei der Leistungsabrechnung über „Scheingesellschafter“ tatsächlich zweifelhaft sein, sieht allerdings keinen Anlass, in den „Strohmannfällen“ von der „streng formalen Betrachtungsweise“ abzurücken. Der Schaden sei auch auf der Grundlage der Position *Volks* zu bejahen, weil der Angeklagte, dem die vertragsärztliche Zulassung fehle, „nicht zum Kreis der Anspruchsberechtigten“ gehöre.[33]

Dem Standpunkt *Volks* ist im Grundsatz zuzustimmen. Soweit der Verkehr den Wirtschaftswert einer Leistung nicht nur nach ihrem Resultat, sondern zudem nach der Qualifikation des Leistenden bemisst, kann auch auf der Grundlage der Saldierungslehre ein Schaden bestehen. Allerdings wird der „leistungsbezogenen“

ten Frage zuwendet, ob die Leistungserbringung „in freier Praxis“ bzw. die „selbständige“ Berufsausübung zu den *wertbildenden* Faktoren einer ärztlichen Leistung gehört.

[30] Zur Fallgruppe des „Anstellungsbetruges“ vgl. Schönke/Schröder-*Cramer/Perron* (Fn. 6), § 263 Rn. 153 ff.; HK-*Duttge* (Fn. 6), § 263 Rn. 58; MünchKommStGB-*Hefendehl* (Fn. 6), § 263 Rn. 512 ff.; Lackner/*Kühl* (Fn. 6), § 263 Rn. 52. Dabei differenzieren Rechtsprechung und herrschende Lehre danach, ob ein Angestelltenverhältnis oder eine Einstellung als Beamter erschlichen wird. Bei Letzterem wird ein Schaden unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Beamten schon dann angenommen, wenn die formalen Einstellungsvoraussetzungen (z.B. persönliche Zuverlässigkeit) nicht vorliegen; der Schaden wird also mit einer ähnlich formalen Betrachtungsweise begründet wie beim Abrechungsbetrug. Zu dem Versuch von BGHSt 45, 1, diese Betrachtungsweise mit dem Erfordernis eines wirtschaftlichen Schadens zu vereinbaren, krit. *Duttge*, Wider die Sonderbehandlung der Amtserschleichung beim Anstellungsbetrug, JR 2002, 271 ff.

[31] *Volk* 2000 (Fn. 11), 3387.

[32] *Volk* 2000 (Fn. 11), 3387.

[33] BGH NJW 2003, 1198 (1200).

Schadensfeststellung bei medizinisch-fachlich einwandfreien Leistungen enge Grenzen zu ziehen sein. Denn der entscheidende wirtschaftliche Ausgangspunkt besteht auch hier in der Frage, ob die Krankenkasse des Patienten von dessen Behandlungsanspruch befreit wurde. Hieran fehlt es, wenn das Behandlungsresultat aufgrund der mangelnden Qualifikation des Leistenden unsicher ist und ärztliche Untersuchungen zum Ausschluss einer Gefährdung des Patienten nachgeholt werden müssen. Deshalb liegt ein Vermögensschaden vor, wenn die Zulassung als Vertragsarzt aufgrund der Vorlage einer erschlichenen Approbation erteilt wurde („Hochstaplerfälle")[34] oder die geführte Facharztbezeichnung in Wahrheit nicht vorliegt. Ebenso liegt ein Schaden vor, wenn die Leistung durch einen Vertragsarzt in dessen Praxis durchgeführt, vom Krankenhaus aber als Krankenhausleistung abgerechnet wurde. Denn insoweit wird auf der Grundlage der DRG-Fallpauschale nicht nur die lege artis durchgeführte ärztliche Leistung, sondern auch die Infrastruktur des Krankenhauses, mithin der Umstand vergütet, dass medizinische Leistungen Tag und Nacht verfügbar sind.[35] War die Behandlung durch den niedergelassenen Vertragsarzt ausreichend, bestand schon kein Anspruch auf Krankenhausbehandlung, so dass auch keine diesbezügliche Befreiung der Kasse eingetreten ist.

Kein „leistungsbezogenes Schadenselement" ist hingegen betroffen, wenn der Arzt keine Zulassung hat, weil er aufgrund von Vorstrafen fürchtet, die Zulassung nicht zu erhalten (vgl. § 95 SGB V in Verbindung mit § 18 Abs. 2b ÄrzteZVO) und er seine Leistungen an Kassenpatienten deshalb über einen Strohmann abrechnet (Fall des BGH vom 05.12.2002)[36]. Denn die Vorstrafe betrifft unter Umständen die persönliche Zuverlässigkeit, die für die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung maßgebend sein kann, nicht aber die fachlich-medizinische Leistung. In den „Scheingesellschafterfällen" ist ebenfalls kein leistungsbezogenes Schadenselement betroffen. Denn für das Entfallen des Behandlungsanspruchs des Patienten gegen die Kasse ist unerheblich, ob die ärztliche Leistung von einem selbständigen oder einem angestellten Arzt erbracht wurde. Diesen Standpunkt hat sich nunmehr auch das Landgericht Lübeck in seinem rechtskräftigen Nichteröffnungsbeschluss vom 07.06.2005[37] zu eigen gemacht. Zwar gelte „grundsätzlich für den Bereich des Sozialversicherungsrechts" die „streng formale Betrachtungswei-

---

[34] Dasselbe gilt, wenn ein Krankenhaus Leistungen ausländischer Ärzte abrechnet, die über keine für die Approbation (§ 3 BÄO) oder die Erteilung einer vorläufigen Berufsausübungserlaubnis (§ 10 BÄO) erforderliche Ausbildung verfügen. Dagegen begründet die Abrechnung auch selbständiger Leistungen eines ausländischen Arztes, der die fachliche (und sprachliche) Qualifikation für die Erteilung der Approbation oder der vorläufigen Erlaubnis hat, nach hier vertretener Ansicht nicht schon allein deshalb einen Schaden, weil Approbation oder Erlaubnis nicht vorliegen oder die Erlaubnis abgelaufen ist; zu diesem Problem in der Praxis vgl. auch *Welke*, Zum strafrechtlichen Risiko der Tätigkeit angestellter Mediziner ohne Berufsausübungserlaubnis (Approbation) an Krankenhäusern, GesR 2011, 269 ff.

[35] Näher: *Schneider* 2009 (Fn. 3), 488.

[36] Oben Fn. 15.

[37] LG Lübeck GesR 2006, 176 ff.

se". Doch dürfe „nicht übersehen werden, dass ein objektiver Betrugsschaden trotzdem nicht eintritt, wenn die Krankenkassen durch die Leistung der Laborärzte von Ansprüchen der bei ihnen Versicherten befreit worden sind"[38].

Bei der Ausführung von Leistungen durch Praxispersonal, die als ärztliche Leistungen abgerechnet werden, ist (entgegen *Volk*) wie folgt zu differenzieren. Der Behandlungsanspruch des Patienten ist erloschen, wenn die Leistung fachlich einwandfrei durchgeführt wurde und sie nicht nachgeholt werden muss. So liegt es zum Beispiel bei den intravenösen Injektionen, Infusionen und Blutentnahmen, die der Entscheidung des 4. Senats aus dem Jahr 1994 im „Delegationsfall" zugrunde lagen. Dasselbe gilt z.B. für Röntgenaufnahmen, soweit die entstandenen Bilder für den Arzt verwertbar sind und nicht nachgeholt werden müssen. Ein Schaden liegt hingegen vor, wenn eine diagnostische Maßnahme durch Praxispersonal erbracht wurde und eine ärztliche Behandlung zur Absicherung des Befundes und zum Ausschluss einer Gefährdung des Patienten nachgeholt werden muss.

III. Schlussbetrachtung

Die geforderte Abkehr von der „streng formalen Betrachtungsweise" führt dazu, dass das Strafrecht in den geschilderten Fallkonstellationen nicht zuständig ist. Ob die bestehenden Strafbarkeitslücken, wie dies eine Beschlussvorlage der SPD Bundestagsfraktion vom 13.11.2010[39] nahelegt, durch einen „Sonderstraftatbestand des Abrechnungsbetruges" geschlossen werden sollen, ist Sache des Gesetzgebers. Kriminalpolitisch erforderlich ist ein derartiger Straftatbestand freilich nicht. Die Arbeit der Schwerpunktstaatsanwaltschaften zeigt, dass die auch nach hiesiger Rechtsauffassung von § 263 StGB erfassten Fälle den Schwerpunkt der Ermittlungsverfahren bilden. Insoweit kann insbesondere auf den Erfahrungsbericht von *Badle*[40], einem vorzüglichen Kenner der Materie, verwiesen werden, der sich insbesondere auf die „Liquidation nicht erbrachter Leistungen", die „Abrechnung höher bewerteter Leistungsziffern" oder das „Leistungssplitting" bezieht.

Ein Sonderstrafrecht für Ärzte dürfte von diesen als zusätzliche Schikane wahrgenommen werden und auf wenig Akzeptanz stoßen. Die unübersichtliche Gesetzeslage und die stetigen Neuerungen, z.B. im Zusammenhang mit den so genannten qualifikationsgebundenen Zusatzvolumina, überfordern die Ärzte schon jetzt und für subtile strafrechtsdogmatische Diskussionen, wie zum Beispiel über die Frage der Anwendung der Normen des Korruptionsstrafrechts auf die Vertragsärzte,[41] haben sie zu recht kein Verständnis.[42]

---

[38] Vgl. zum Beschluss des LG Lübeck: *Wessing/Dann* 2006 (Fn. 19), 153.

[39] BT-Drucksache 17/3685 vom 10.11.2010.

[40] *Badle*, Betrug und Korruption im Gesundheitswesen. Ein Erfahrungsbericht aus der staatsanwaltschaftlichen Praxis, NJW 2008, 1028 ff.

[41] Vgl. nur *Pragal*, Das Pharma-„Marketing" um die niedergelassenen Kassenärzte: „Beauftragtenbestechung" gem. § 299 StGB!, NStZ 2005, 133 ff.; *ders./Apfel*, Bestechlichkeit und Bestechung von Leistungserbringern im Gesundheitswesen, A&R 2007, 10 ff.

Das Strafrecht sollte klar und berechenbar sein und der Jurist ist gut beraten, sich den Mediziner nicht zu vergraulen. Deshalb heißt es im Buch Sirach (38, 1) im Lob des Arztes in aller Eindringlichkeit: „Ehre den Arzt mit gebührender Verehrung, damit du ihn hast, wenn du ihn brauchst“. Dies sollte gerade auch in Zeiten des Ärztemangels nicht in Vergessenheit geraten.

[42] Vgl. auch *Schneider*, Strafrechtliche Grenzen des Pharmamarketings. Zur Strafbarkeit der Annahme umsatzbezogener materieller Zuwendungen durch niedergelassene Vertragsärzte, HRRS 2010, 241 (245 ff.); *ders.*, Anmerkung zu OLG Braunschweig, Beschl. v. 23.02.2010 – Ws 17/10, StV 2010, 365 (366 ff.); *ders./Gottschaldt*, Zuweisungspauschale: Lukratives Geschäft oder Straftat? Zur Strafbarkeit niedergelassener Ärzte wegen Forderns einer Vergütung für die Überweisung eines Patienten zur stationären Behandlung, wistra 2009, 133 (136 f.).

Der Vertragsarzt als Sachwalter der gesetzlichen Krankenkassen?*

Friedrich E. Schnapp

I. Die Verzahnung von Verwaltungsrecht und Strafrecht

Zur Einstimmung eine wahre Begebenheit: Ein mit mir befreundeter Anwalt tritt vor dem Amtsgericht Bochum auf und beginnt sein Rechtsgespräch mit der Erläuterung: „Herr Vorsitzender, zum besseren Verständnis möchte ich vorausschicken, dass mein Mandant Vertragsarzt ist." Der Richter erwidert erstaunt: „Wieso, jeder Arzt ist doch Vertragsarzt!" Diese kurze Episode verdeutlicht zweierlei: erstens, dass in den Köpfen mancher Juristen das Zivilrecht als vermeintliche „Krone der Jurisprudenz" allgegenwärtig ist. Überall wird nach rechtsgeschäftlichen Erscheinungen gesucht, alles muss sich dem Muster von Willenserklärung, Vertrag, Stellvertretung usw. fügen; daher schließt auch der frühere Kassenarzt in dieser Optik selbstverständlich mit dem Patienten einen Dienstvertrag gem. § 611 BGB. Wir wissen, dass dem nicht so ist – oder jedenfalls nicht so einfach.[1] Ursprünglich war

* Geringfügig überarbeitete und um Fußnoten ergänzte Fassung des Vortrags, den der Verfasser am 8. Juli 2011 auf dem 5. Workshop des Göttinger Instituts für Kriminalwissenschaften zum Thema „Tatort Gesundheitsmarkt" gehalten hat. Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten. Abschluss des Manuskripts am 30. Juli 2011.

[1] Vgl. BSGE 33, 158 (160); 59, 172 (177); *Reimund Schmidt-De Caluwe,* Das Behandlungsverhältnis zwischen Arzt und sozialversichertem Patienten, VSSR 1998, 207 ff.; *Friedrich E. Schnapp/Ruth Düring,* Die Rechtsbeziehung zwischen Kassenzahnarzt und sozialversichertem Patienten nach dem Gesundheits-Reformgesetz, NJW 1989, 2913 (2916 f.); *Dieter Krauskopf*, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., München 2002, § 25 Rdn. 7 ff.; *Volker Neumann*, Der Anspruch auf Krankenbehandlung – ein Rahmenrecht?, SGb 1998, 606 (609); *Friedrich E. Schnapp,* Muss ein Ver-

das Arzt-Patientenverhältnis unstreitig rein zivilrechtlich geprägt;[2] das ist aber Rechtsgeschichte. Zweitens illustriert dieses Rechtsgespräch, dass offenbar die meisten Juristen ihre eigene Vorstellung davon haben, wie es im Sozialversicherungsrecht zugeht – ein Blick ins Gesetz kann da nur stören. Das merkt man auch so manchem (nicht nur) strafgerichtlichen Urteil an, und den Sozialrechtlern – Praktikern wie Wissenschaftlern – ist bekannt, dass die mangelnde Vertrautheit mit dem Sozialrecht vor den Toren von Karlsruhe nicht halt macht, über denen hoffnungsvolle Rechtssuchende die Hölleninschrift aus Dantes Göttlicher Komödie zu lesen glauben: „*Lasciate ogni speranza, voi ch'entrate!*"

In den Ermittlungs- und Strafverfahren, die ich aus der Perspektive des Vertragsarztrechts begleitet habe, hat sich nicht selten der Eindruck eingestellt, dass bei Staatsanwaltschaften und Gerichten ein ausgesprochener Unwille zu verspüren war, sich mit den normativen Grundlagen vor allem des vertragsärztlichen Abrechnungswesens vertraut zu machen und stattdessen lieber die Hervorbringung von Großformeln und Prinzipien an die Stelle der Arbeit mit den einschlägigen rechtlichen Regelungen zu setzen. Das ist nicht nur mit den Aufgaben der Strafjustiz unvereinbar, sondern auch deswegen wenig verständlich, weil die relevanten Komplexe literarisch aufbereitet sind. Wenn auf Entscheidungen der Sozialgerichtsbarkeit zugegriffen wird, dann ist das zwar löblich, aber es geschieht oft nicht, um sich mit diesen Judikaten kritisch auseinanderzusetzen. Vielmehr bedient man sich ihrer wie eines Steinbruchs, dem man Versatzstücke entnimmt, um sie im Rahmen einer strafrechtsdogmatischen Konstruktion einbauen und ein bestimmtes Ergebnis stützen zu können. Ich gebe zu: Eine hinlänglich zuverlässige Orientierung im Sozialversicherungsrecht ist schon deshalb nicht einfach zu erlangen, weil selbst Insider auf diesem Rechtsgebiet „chaotische Rechtszustände" (*Schulin*) diagnostizieren oder ein „Wespennest ungeklärter juristischer Probleme" (*Isensee*) entdecken. Aber Gerichte müssen sich auch mit schwierigen Rechtsfragen befassen – wozu sonst wären sie da? Sie müssen sich ja sogar mit außerrechtlichen Problemen herumschlagen. Während meiner richterlichen Tätigkeit am Landessozialgericht hatte ich häufig mit medizinischen Sachverständigengutachten zu tun, die ich mindestens auf ihre Schlüssigkeit nachprüfen musste. Das klinische Wörterbuch von Pschyrembel war also ständig in Reichweite.

In strafrechtsdogmatischen Fragen muss und will ich hier Enthaltsamkeit üben. Das gilt nicht nur aus Kompetenzgründen (schließlich liegt mein

tragsarzt demokratisch legitimiert sein?, NZS 2001, 337 ff. , jeweils mit Nachweisen. Eingehend dazu: *Thomas Wilk,* Die Rechtsbeziehungen im Vertragsarztwesen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung des Belegarztes, Frankfurt am Main 2005, bes. S. 53 ff. Siehe auch *Mathias Maria Knorr*, Die Rechtsstellung des Kassenpatienten im Rahmen der Abrechnung seiner stationären Krankenhausbehandlung, Berlin 2006, bes. S. 163 ff. Zur Gegenmeinung siehe etwa BGHZ 63, 306 (309); 97, 273 (276); 100, 363 (367 f.). Weitere Angaben bei *Wilk* (wie vorstehend), S. 57. Eine „Theorie des modifizierten Behandlungs- und Versorgungsvertrages" vertritt *Hans-Uwe Dettling*, Grundstrukturen des Rechtsverhältnisses zwischen Leistungserbringern und gesetzlich Versicherten, VSSR 2006, 1 ff.

[2] Dazu *Friedrich E. Schnapp*, Geschichtliche Entwicklung des Vertragsarztrechts, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl., München 2006, § 1 Rdn. 1.

Assessorexamen schon über 40 Jahre zurück). Ich möchte (fast ausschließlich) die Frage erörtern, ob die Strafgerichte, die bei diesen Komplexen auf Strukturen des Sozialversicherungsrechts und besonders des Vertragsarztrechts zurückgreifen müssen, den richtigen Anknüpfungspunkt gewählt, d.h. die normativen Gegebenheiten dieses Gebiets richtig gesehen haben. Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat im Kern zutreffend auf die „tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten des kassenärztlichen Abrechnungs- und Sachleistungssystems" hingewiesen,[3] aber schon mit dieser Formulierung mangelnde Vertrautheit mit eben diesem System verraten.[4] Zutreffend ist der Hinweis aber deshalb, weil hier auch die „Verzahnung von Verwaltungsrecht und Strafrecht"[5] angesprochen ist. Mit dieser Formulierung des Bundesverfassungsgerichts ist der Umstand bezeichnet, dass das Strafrecht gelegentlich an verwaltungsrechtliche Vorschriften, Entscheidungen oder dogmatische Figuren anknüpft, was Bindungen, aber unter Umständen auch eigenständige Beurteilungskompetenzen für den Strafrichter auslösen kann.[6] Schließlich sprechen Strafvorschriften nicht nur „als schärfste dem Staat zur Verfügung stehende Sanktion ein sozialethisches Unwerturteil über ein bestimmtes Handeln des Bürgers" aus,[7] sondern implizieren zugleich immer auch einen Grundrechtseingriff.[8] Fehlbeurteilungen im Bereich des Vertragsarztrechts bergen daher auch das Risiko eines Verfassungsverstoßes in sich, wenngleich das Risiko der Kassation eines strafgerichtlichen Urteils durch das Bundesverfassungsgericht eher gering ist.

Aber nun zur Sache: Seit etwa 30 Jahren befasst sich nicht nur die Strafgerichtsbarkeit mit dem Problem, wie Falschabrechnungen und andere Varianten des „Fehlverhaltens" durch Vertragsärzte, wie seit 1992 die früheren Kassenärzte heißen,[9] strafrechtlich adäquat beurteilt werden können. Bis zur Entscheidung BGHSt 49, 17 (2003) kam hier allein bzw. vorrangig der Betrugstatbestand (§ 263 StGB) ins Visier. Soweit ich sehe, ist die Kommentarliteratur dem BGH in aller

---

[3] BGHSt 49, 17 (18).

[4] Seit 1992 heißen die früheren Kassenärzte „Vertragsärzte"; das Sachleistungssystem ist kennzeichnend für das Verhältnis der *Krankenkassen zu den Versicherten*; ein „kassenärztliches Sachleistungssystem" kennt das Gesetz nicht. Zum Grundsatz der Sachleistung siehe etwa *Friedrich E. Schnapp*, Sachleistung und Kostenerstattung in der gesetzlichen Krankenversicherung aus dogmatischer und rechtspolitischer Sicht, Die Ersatzkasse 1991, 390 ff. Umfassend zuletzt: *Ernst Hauck*, Sachleistung und Kostenerstattung, in: Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, München 2010, § 8 (S. 187 ff.) mit erschöpfenden Literaturnachweisen.

[5] So BVerfGE 87, 399 (407).

[6] Jüngstes Beispiel: Bei den strafrechtlichen Ermittlungen zu den Vorgängen bei der Love-Parade in Duisburg, bei der 21 Menschen ums Leben kamen, prüft die Staatsanwaltschaft auch, ob die von der Stadt erteilte Genehmigung rechtmäßig war.

[7] BVerfGE 96, 245 (249); 110, 226 (262); 118, 212 (231).

[8] Dazu, dass strafrechtliche Sanktionen einen Eingriff auch in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG darstellen können, siehe schon BVerfGE 9, 83 (87 f.).

[9] Der Gesetzgeber hat sich 1992 mit dem Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz > GSG <) vom 21.12.1992 (BGBl. I S. 2266) vom Begriff des Kassenarztes verabschiedet und ihn durch den Begriff „Vertragsarzt" ersetzt; siehe *Friedrich E. Schnapp,* Geschichtliche Entwicklung des Kassenarztrechts, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts. Das gesamte Kassenarztrecht, 2. Aufl. 2006, § 1 Rdn. 50.

Regel kritiklos gefolgt; die Argumentation ist unversehens zur bloßen Dokumentation verkümmert.[10] Seit dieser Entscheidung ist hinzugekommen die Untreue (§ 266 StGB) und in jüngster Zeit Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB), während die Frage nach der Einschlägigkeit der §§ 331, 332 StGB und der Eigenschaft der Vertragsärzte als Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB schon am Horizont aufleuchtet.[11]

II. Die normative Steuerung der vertragsärztlichen Tätigkeit

Zur Einstimmung einige Eckdaten: Der Vertragsarzt wird gegenüber dem Versicherten wie gegenüber dem Privatpatienten im Wesentlichen in zwei Formen tätig. Erstens: er behandelt Patienten oder er verordnet Medikamente, Heil- und Hilfsmittel. Aber: Was so einfach klingt, ist reglementiert durch ein kompliziertes Geflecht aus gesetzlichen und untergesetzlichen Normen. Ich erwähne nur stichwortartig: Selbstverständlich das SGB V, ggf. auch andere förmliche Gesetze, daneben aber noch die Gesamtverträge nach § 83 SGB V, Bundesmantelverträge (§ 82 SGB V), den Einheitlichen Bewertungsmaßstab (§ 87 SGB V), den Honorarverteilungsvertrag (§ 85 Abs. 4 SGB V) und schließlich die Satzung (§ 81 SGB V) der jeweiligen Kassenärztlichen Vereinigung – die Aufzählung ist damit noch nicht am Ende angelangt. „Wo [also] Rechtsanwälte, Notare und Architekten nur eine Berufsordnung und eine Honorarverordnung kennen, prasseln auf den Vertragsarzt Berufsregelungen von allen Seiten ein."[12] Wir haben ein reguliertes Versorgungssystem mit regulierten Ärzten.[13] Ich erwähne das nicht, um die Überregulierung des ärztlichen Handelns zu beklagen, sondern weil diese Vorschriften bei einem Vorwurf der Falschabrechnung ggf. darauf zu befragen sind, ob sie das Abrechnungsverhalten steuern und wie sie miteinander normativ verzahnt sind. Das geht bis hin zu den Fragen, ob diese Kodifikationen ordnungsgemäß publiziert sind.[14] Das durch-

---

[10] Vor den damit verbundenen Gefahren für die Rechtswissenschaft warnt eindringlich *Johann Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2006, S. 400 f. Kritisch zur Übernahme von BSGE 77, 194 durch BGHSt 49, 17 „ohne Vorbehalt oder erkennbare Prüfung" etwa *Klaus Ulsenheimer*, Der Vertragsarzt als Sachwalter der Vermögensinteressen der gesetzlichen Krankenkassen?, MedR 2005, 622 (625).

[11] Dazu vgl. etwa *Michael Neupert*, Risiken und Nebenwirkungen: Sind niedergelassenen Vertragsärzte Amtsträger im strafrechtlichen Sinne?, NJW 2006, 2811 ff.; *Matthias Brockhaus/Matthias Dann/Patrick Teubner/Michael Tsambikakis*, Vertragsärzte als Amtsträger?, ZMGR 2011, 123 ff.; siehe auch die Erwägungen bei LG Hamburg, GesR 2011, 164 (177 f.) sowie im Vorlagebeschluss des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs (3 StR 458/10) vom 5. Mai 2011, Abs. 20 ff.

[12] *Ferdinand Kirchhof*, Das Berufsbild des Arztes im Wandel, ZMGR 2010, 210 (211).

[13] *Andreas Köhler*, Die Erwartungen an die Rechtsprechung – aktueller Handlungsbedarf aus der Sicht der Vertragsärzte, ZMGR 2010, 244 (245).

[14] So muss etwa – um nur ein Beispiel zu nennen – der Gesamtvertrag mit Rücksicht darauf, dass er normative Teile enthält, ordnungsgemäß veröffentlicht sein. Dazu – in Bezug zum Einheitlichen Bewertungsmaßstab, der dieselbe Struktur aufweist – BSGE 81, 86 (90). Allgemein zum Publikationsgebot bei Normenverträgen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung *Peter Axer,* Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, Tübingen 2000, S. 406 f.; *ders,* in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts. Das gesamte Kassenarztrecht, 2. Aufl., München 2006, § 8

blicken nicht alle Strafgerichte, manche halten das sogar für eine *quantité négligable*. Aber Gerichten wie auch dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum bleibt es nicht erspart, sich mit diesen Regulierungen zu befassen.

Zweitens: Bei der Verordnung von Arzneimitteln – ich beschränke mich der Einfachheit halber hierauf – kommen teilweise andere Normenkomplexe in Betracht, und es kommen neue Akteure ins Spiel, nämlich die Apotheker. Dabei spielt einmal § 129 SGB V eine Rolle, zum anderen sind es die dort erwähnten Rahmenvereinbarungen auf Bundesebene und die Landesverträge (sog. Arzneilieferverträge). Nicht selten sind auch Vorschriften des Arzneimittelgesetzes, des Apothekengesetzes und des Heilmittelwerbegesetzes zu beachten. Auch diese Normen waren bis vor kurzem nicht im Blickfeld der Gerichte, obwohl in der Literatur auf diese Grundlagen aufmerksam gemacht worden war.[15] Manche weigern sich eben – ob instinktiv oder bewusst, spielt keine Rolle –, den Ratschlag zu befolgen, den wir schon den Studienanfängern geben, nämlich ins Gesetz zu schauen und die einschlägigen Vorschriften zu suchen und anzuwenden. Es gibt immer wieder Gerichte und Richter, die meinen, es „schon so" zu wissen. „*Jura novit curia*": Deutet man diese Parömie so, dass die Gerichte selbstverständlich alle einschlägigen Rechtsvorschriften kennen, dann erweist sich das in der Praxis des Öfteren als ein Euphemismus.

III. Das Naturalleistungsprinzip und seine Konsequenzen

Eine Schlüsselfigur zum Verständnis des gesamten Systems ist das Natural- oder Sachleistungsprinzip (§ 2 SGB V). Der Anspruch der Versicherten auf ärztliche Behandlung richtet sich nicht gegen den Arzt, sondern gegen seine Krankenkasse (§§ 11, 27, 28 SGB V), welche die Leistungen als Sachleistungen *zur Verfügung zu stellen*, nicht etwa nur zu vermitteln oder zu verschaffen hat.[16] Die ärztliche Behandlung mag im Arzt/Patientenverhältnis als Dienstleistung erscheinen; im Verhältnis des Versicherten zur Krankenkasse ist sie eine Sachleistung, welche die Krankenkasse dem Versicherten schuldet.[17] Zu deren Erfüllung bedient sich die

Rdn. 17; ferner LSG Berlin, GesR 2003, 214. Zum Publikationsgebot allgemein: BVerfGE 44, 322 (350); BVerfGE 65, 283 (291); *Almut Wittling*, Die Publikation der Rechtsnormen einschließlich der Verwaltungsvorschriften, Baden-Baden 1991.

[15] So hat beispielsweise schon Geis auf die Rahmenverträge und die Arzneilieferverträge nach § 129 SGBV hingewiesen; *Mark Geis*, Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot – kriminalstrafbewehrtes Treuegesetz des Kassenarztes? GesR 2006, 345 (351).

[16] Irrig deshalb *Helge Sodan*, Der Vertragsarzt – Ausschussbeauftragter für den Richtlinienvollzug?, in: Schnapp (Hrsg.), Probleme der Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, Teil III, 2000, S. 185 ff. (201). Aufrechterhalten von *Sodan*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, München 2010, § 1 Rdn. 28. Dagegen zutreffend (*Wolfgang*) *Meyer*, in: Schnapp (Hrsg.), Probleme der Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, Teil III, Frankfurt am Main 2000, S. 265.

[17] Die nahe liegende Annahme, der Vertragsarzt sei dann Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) der Krankenkasse (so LG Hamburg, GesR 2011, 164 (169 r. Sp.), ist bei Verletzungen von Sorgfaltspflichten wegen § 78 Abs. 4 SGB V gegenstandslos.

Krankenkasse der sog. Leistungserbringer, zu denen die Vertragsärzte zählen (Viertes Kapitel des SGB V). Diese sind bereits kraft Gesetzes (§ 95 Abs. 3 SGB V) berechtigt und verpflichtet, an der vertragsärztlichen Versorgung teilzunehmen, in erster Linie also krankenversicherte Patienten zu behandeln und ihnen Arznei-, Heil- und Hilfsmittel zu verordnen. Als Gegenleistung für die vertragsärztliche Versorgung ihrer Versicherten entrichten die Krankenkassen an die Kassenärztlichen Vereinigungen „mit befreiender Wirkung" sog. Gesamtvergütungen (§ 85 Abs. 1 SGB V), aus denen diese wiederum „ihre" Vertragsärzte für die von diesen erbrachten Leistungen im Wege der Honorarverteilung vergüten (§ 85 Abs. 4 SGB V). Der Honoraranspruch des Vertragsarztes richtet sich also weder gegen den Patienten noch gegen die Krankenkasse,[18] sondern gegen „seine" Kassenärztliche Vereinigung. Zwischen dem Vertragsarzt und der Krankenkasse des Versicherten bestehen dagegen nach der gesetzlichen Konstruktion keinerlei Rechtsbeziehungen,[19] insbesondere auch keine rechtsgeschäftlichen Beziehungen,[20] und zwar weder im Behandlungs- noch im Verordnungsbereich. Eine Rechtsbeziehung des Vertragsarztes zu den Krankenkassen wird auch nicht dadurch hergestellt,[21] dass die normativen Teile von Bundesmantelvertrag (§ 87 SGB V) und Gesamtvertrag (§ 83 SGB V), an deren Zustandekommen die Krankenkassen beteiligt sind, (letztlich) für ihn verbindlich sind.[22] Deren normative Impulse erreichen ihn erst über zwei Weiterleitungsketten, nämlich über das Gesetz (§ 95 Abs. 3 Satz 3 SGB V) und über die Satzung seiner Kassenärztlichen Vereinigung, und sie begründen Pflichten gegenüber dieser, die auch allein über entsprechende disziplinarische Befugnisse verfügt.[23] Abwegig ist auch der von *Pragal* und *Apfel* erwogene „Vertragsbeitritt".[24]

---

[18] Unrichtig daher *Ricarda Brandts/Jürgen Seier*, Zur Untreue des Vertragsarztes, in: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, S. 811 (819); *Joachim Lege*, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), S. 112 ff. (125).

[19] BVerfGE 11, 30 (39); BSG, SozR 4-2500 § 72 Nr. 2 Rdn. 130; *Bernhard Schmidbauer*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts – Das gesamte Kassenarztrecht, 2. Aufl. 2006, § 3 Rdn. 56 ff.; *Rainer Hess*, ebd., § 16 Rdn. 1; *Peter Wigge*, ebd., § 2 Rdn. 39; *Stefan Muckel*, Sozialrecht, 2. Aufl. 2002, S. 170; *Friedrich E. Schnapp*, Der Vertragsarzt – Sachwalter der gesetzlichen Krankenkassen? in: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, S. 795 ff. (801 f.); *Klaus Ulsenheimer*, Der Vertragsarzt als Sachwalter der Vermögensinteressen der gesetzlichen Krankenkassen?, MedR 2005, 622 (625). Ausnahmeregelungen, wie etwa im Bereich der integrierten Versorgung (§§ 140a ff. SGB V), können hier außer Betracht bleiben.

[20] So richtig *Oliver Sahan/Kathrin Urban*, Die Unbestechlichkeit niedergelassener Vertragsärzte, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2011, 23 (24 r. Sp.).

[21] So aber *Oliver Pragal/Henner Apfel*, Bestechlichkeit und Bestechung von Leistungserbringern im Gesundheitswesen, A&R 2007, 10 (12).

[22] Zu den Weiterleitungswegen siehe *Ingwer Ebsen*, Der Behandlungsanspruch des Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung und das Leistungserbringungsrecht, Festschrift für Otto Ernst Krasney, München 1997, S. S. 81 ff. (87, 89, 93); *Friedrich E. Schnapp*, Die Richtlinien im Kassenarztrecht (§ 92 SGB V) auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, in: Festschrift für Otto Ernst Krasney, München 1997, S. 437 ff. (438).

[23] Siehe § 81 Abs. 1 Nr. 4 SGB V in Verbindung mit der jeweiligen Disziplinarordnung.

[24] *Oliver Pragal/Henner Apfel*, Bestechlichkeit und Bestechung von Leistungserbringern im Gesundheitswesen, A & R 2007, 10 (12).

Der einzelne Arzt ist also im Regelfall weder gesetzlich noch rechtsgeschäftlich noch auch mitgliedschaftlich mit den Krankenkassen verbunden.[25] Das ist er allenfalls in den Köpfen mancher Richter, selbst am Bundessozialgericht, und mancher Autoren. Nach wie vor ist die Feststellung des Bundessozialgerichts zutreffend: „Das vom Gesetz festgelegte Vergütungssystem vermeidet grundsätzlich unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen als Leistungsträgern und den Vertragsärzten als Leistungserbringern."[26] Soweit hier Verträge geschlossen werden, firmieren auf der Seite der Leistungserbringer nicht die Ärzte,[27] sondern die Kassenärztlichen Vereinigungen als Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 77 Abs. 5 SGB V). Diese regeln die Beziehungen zu ihren Mitgliedern, also den einzelnen Vertragsärzten, durch Satzungsrecht. § 81 Abs. 3 Nr. 1 SGB V sieht vor, dass die Satzungen Bestimmungen enthalten müssen, nach denen die Verträge etc. für die Mitglieder verbindlich sind. Durch diese Verweisungs- und Inkorporationstechnik erlangt der Inhalt der Verträge Satzungsqualität; die Vertragsärzte werden nicht qua Kontrakt, sondern qua Statut gebunden.[28] Es ist also rechtlich verfehlt, die Beziehungen der Kassenärztlichen Vereinigungen zu den Krankenkassen unvermittelt auf die einzelnen Vertragsärzte „durchschlagen" zu lassen.

Das Gegenstück zum Sachleitungsprinzip ist das Kostenerstattungsprinzip.[29] Dieses kommt in § 13 SGB V zum Ausdruck, der vorsieht, dass der Versicherte, etwa wenn er sich Leistungen selbst beschaffen musste, sich die Kosten von seiner Krankenkasse erstatten lassen kann. Kostenerstattung ist das, was wir aus der privaten Krankenversicherung kennen. Ich erwähne das deshalb, weil Strafgerichte diesen Terminus („Kostenerstattung") ebenfalls verwenden, damit aber etwas ganz etwas anderes meinen. Wenn bspw. ein Arzt sich Sachmittel, z.B. Kontrastflüssigkeiten oder Stents, selbst besorgt und die Kosten dafür bei der Krankenkasse geltend macht, soll der Arzt nicht mehr als die tatsächlichen Beschaffungskosten li-

---

[25] BVerfGE 11, 30 (39); *Ulrich Becker/Thorsten Kingreen*, in: dies. (Hrsg.), SGB V, 2. Aufl., München 2010, § 69 Rdn. 28 f.; *Rainer Hess*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, SGB V, Stand April 2008, § 72 Rdn. 16; *Bernhard Schmidbauer*, Die Rechtsbeziehungen des Vertragsarztes zur Kassenärztlichen Vereinigung und zu den Krankenkassen (Grundprinzipien des Vertragsarztrechts – Sachleistungsprinzip), in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts – Das gesamte Kassenarztrecht, München 2002, § 3 Rdn. 48; *Peter Wigge*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl., München 2006, § 2 Rdn. 39; *Friedrich E. Schnapp*, Der Vertragsarzt – Sachwalter der gesetzlichen Krankenkassen?, in: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, S. 795 ff. (801); *Rüdiger Zuck*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, 2. Aufl., München 2008, § 17 Rdn. 25.

[26] BSG SozR 4-2500 § 72 Nr. 2 Rdn. 130.

[27] Unrichtig daher *Olaf Eggerts/Mathias Klümper*, Die Strafbarkeit niedergelassener Ärzte gemäß § 299 StGB, A & R 2010, 211 (212 l. Sp.).

[28] Näher dazu *Friedrich E. Schnapp*, Die Richtlinien im Kassenarztrecht (§ 92 SGB V) auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, in: Festschrift für Otto Ernst Krasney, München 1997, S. 437 ff. (441, 445).

[29] *Winfried Funk*, Vertragsarztrecht, in: Bertram Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts. Band 1: Krankenversicherungsrecht, München 1994, § 32 Rdn. 3; *Thomas Wilk*, Die Rechtsbeziehungen im Vertragsarztwesen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung des Belegarztes, Frankfurt am Main 2005, S. 47.

quidieren dürfen. Das nennen die Gerichte dann Kostenerstattungsprinzip.[30] Das kann man als *falsa demonstratio* deuten oder auch verniedlichen. Den Ärzten, die unter Berufung auf dieses Prinzip wegen Betruges verurteilt worden sind, wird das nicht so harmlos vorkommen.

IV. Der Vertragsarzt als „Schlüsselfigur“

Wie kommt es nun dazu, dass Strafgerichte auf gewisse Begriffe und Figuren im Sozialrecht zugreifen, um sie in strafrechtliche Konstruktionen einzubinden? Ich habe den Eindruck, dass am Anfang nicht selten die Überzeugung steht, ein bestimmtes ärztliches Verhalten sei strafwürdig.[31] Man sucht in diesem Zusammenhang nach geeigneten Anknüpfungspunkten, die das Ganze dann auch als sozialrechtlich „abgesichert“ und plausibel erscheinen lassen. Am häufigsten begegnet man dem Vertragsarzt als „Schlüsselfigur“. Dieser Begriff bezieht sich – wie verschiedene Zitate belegen – auf die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 16.12.1993[32], in welcher dem (damaligen) Kassenarzt eine „Schlüsselrolle“ zugewiesen wird.[33] Das ist eine Metapher ohne juristischen Gehalt; sie paraphrasiert nur den dahinter stehenden Vorgang.[34] Gleichwohl versucht man gelegentlich, aus ihr juristischen Honig zu saugen. Was genau sie in dem Urteil des Bundessozialgerichts illustrieren will, kann man mit großer Sicherheit sagen, weil eine quasi „authentische Interpretation“ durch den Berichterstatter jener Entscheidung existiert, die auch veröffentlicht ist.[35]

Hintergrund ist der folgende: Der parlamentarische Gesetzgeber ist schon rein tatsächlich nicht in der Lage, Ansprüche der Versicherten im Sinne von § 194 BGB zu normieren.[36] Sonst müsste nämlich im SGB V nicht nur der Gesamtkatalog

[30] Es ist mit dem Gebot rationaler Rechtsfindung (BVerfGE 34, 269 [287]) unvereinbar, den Erstattungsanspruch des Vertragsarztes gegen die Krankenkasse in Prinzipien zu verorten, anstatt nach einer gesetzlichen Anspruchsgrundlage zu suchen. In Betracht kommt hier eine Geschäftsführung im öffentlichen Interesse: §§ 677, 679 in Verbindung mit § 95 Abs. 3 SGB V. Dazu *Friedrich E. Schnapp*, Der Vertragsarzt – Sachwalter der gesetzlichen Krankenkassen?, in: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, S. 795 ff. (808). Siehe auch BSG, NJW 1991, 2373.

[31] So etwa der Beitrag von *Oliver Pragal* und *Henner Apfel*, Bestechlichkeit und Bestechung von Leistungserbringern im Gesundheitswesen, A&R 2007, 10 ff.

[32] BSGE 73, 271 (283) = SozR 3-2500 § 13 Nr. 4 (hier: S. 22); 77, 194 (200).

[33] Siehe etwa die Verknüpfung in BSGE 77, 194 (200) und bei *Peter Wigge*, Arzneimittelversorgung durch niedergelassene Apotheker in der gesetzlichen Krankenversicherung NZS 1999, 584 (586).

[34] Kritisch gegenüber einer Hypostasierung des Begriffs im Sinne einer Hochstilisierung des Vertragsarztes zur „zentralen Figur“ zutreffend *Rüdiger Zuck*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, 2. Aufl., München 2008, § 17 Rdn. 21.

[35] *(Wolfgang) Meyer,* in: Schnapp (Hrsg.), Probleme der Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, Teil III, Frankfurt am Main 2000, S. 266 ff.

[36] Siehe die Erläuterungen bei *Friedrich E. Schnapp*, Untergesetzliche Rechtsquellen im Vertragarztrecht am Beispiel der Richtlinien, in v. Wulffen/Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, Köln u.a. 2004, 497 ff. (509 f.) und *Stefan Huster*, Soziale Sicherung als Zukunftsbewältigung und -gestaltung, SDSRV Band 55 (2007), 15 ff. (19).

ärztlicher Leistungen des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs[37] aufgeführt werden, sondern es wären sämtliche Leistungen unter Berücksichtigung der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses[38] auch noch auf die Versichertengruppen und auf jeden eintretenden Versicherungsfall zu beziehen. Dieser Vorgang müsste sich fortsetzen in den Bereich der Arznei-, Heil- und Hilfsmittel usw. Eine derartige „Übertragung der im Leistungserbringungsverhältnis getroffenen Regelungen in das Leistungsverhältnis"[39] ist nicht nur, wie *Ingwer Ebsen*[40] meint, „ersichtlich nicht unproblematisch", sondern schlichtweg nicht machbar, schon wegen der Situationsgebundenheit der noch hinzutretenden ärztlichen Entscheidung.[41] Um es zu veranschaulichen: Im Gesetz *kann* nicht stehen, dass dem Patienten Max Mustermann am 8. Juli 2011 das Medikament „Palladon" in der Dosierung 24 mg 1 – 0 – 1 verschrieben werden soll. Auf der Ebene des förmlichen Gesetzes kann es also nur ein „Rahmenrecht" des Versicherten geben.[42] Das bezeichnet kein Recht minderen Ranges, sondern illustriert nur die zwangläufige Abstraktheit der gesetzlichen Formulierung. Auch für den Gesetzgeber, besonders aber für den rechtseinräumenden Gesetzgeber gilt also: *Ultra posse nemo obligatur.*[43] Im Hinblick auf die Krankenbehandlung kann gesetzgeberisch nicht mehr getan werden, als mit § 27 SGB V statuiert worden ist. Weil also das Leistungsrecht notwendigerweise auf einer gewissen Abstraktionshöhe verbleiben muss, bedarf es des Arztes in seiner „Schlüsselrolle" *zur Konkretisierung des Behandlungsanspruchs* der gesetzlich Versicherten. Das ist das sog. Rechtskonkretisierungskonzept des 4. Senats des Bundessozialgerichts, dem sich alle anderen Senate angeschlossen haben. Dabei kommt dem Arzt eine faktische Schlüsselstellung zu. Das ist, wie gesagt, kein Rechtsbegriff. Es ist also verfehlt, dieses Rechtskonkretisierungskonzept dazu zu benutzen, dem Vertragsarzt etwa eine besondere Sachwalter- oder gar Vertreterrolle mit einer spezifischen rechtlichen Verantwortung zuzuweisen,[44] gleich, ob sie rechtstech-

---

[37] Siehe § 87 SGB V.

[38] Siehe §§ 91, 92 SGB V.

[39] So *Ingwer Ebsen,* Der Behandlungsanspruch des Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung und das Leistungserbringungsrecht, in: Festschrift für Otto-Ernst Krasney, München 1997, S. 81 ff. (88).

[40] Wie vorstehend.

[41] Siehe auch *Andreas Hänlein*, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, Berlin/Heidelberg/New York 2001, S. 483: „unsinnig".

[42] Heftige Kritik an dieser Figur bei *Volker Neumann*, Der Anspruch auf Krankenbehandlung – ein Rahmenrecht? SGb 1998, 609 ff.. Siehe auch *ders.*, Das Verhältnis des Leistungsrechts zum Vertragsarztrecht, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl., München 2006, § 13 Rdn. 14 ff. Kritisch auch *Peter Axer*, Zur demokratischen Legitimation in der gemeinsamen Selbstverwaltung – dargestellt am Beispiel des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, in: Friedrich E. Schnapp (Hrsg.), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip – am Beispiel der Sozialversicherung, Frankfurt a. M. 2001, S. 115 ff. (124 f.).

[43] Siehe schon Dig. 50, 17, 185 (Celsus): *Impossibilium nulla obligatio.* Siehe jetzt § 275 BGB.

[44] So aber *Oliver Pragal/Henning Apfel*, Bestechlichkeit und Bestechung von Leistungserbringern im Gesundheitswesen A&R 2007, 10 (11). Dagegen zutreffend *Mark Geis*, Tatbestandsüberdehnung im Arztstrafrecht am Beispiel der „Beauftragtenbestechung" des Kassenarztes nach § 299 StGB, wistra

nisch gemeint ist oder nicht. Darin liegt eine Verkennung der Funktion jenes Konzepts. Aus eben diesem Grund ist es auch nicht dazu geeignet, Rückschlüsse auf eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes zugunsten der Krankenkasse zuzulassen, die nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (Zweiter Senat) vom 23. Juni 2010 (2 BvR 2559/08 u. a., Abs. 108) ohnehin den Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung (!) bilden muss.

V. Der Vertragsarzt als Beliehener?

Dass der Vertragsarzt das Rahmenrecht des Versicherten in diesem Sinne konkretisieren *darf und muss*, ergibt sich schon aus dem Gesetz (§ 95 Abs. 3 Satz 1 SGB V). Um diesen Umstand zu beschreiben, hat der 4. Senat des Bundessozialgerichts formuliert, dass er dazu mit der entsprechenden Rechtsmacht „beliehen" sei. Das ist in der Literatur dahin fehlgedeutet worden, der Vertragsarzt sei Beliehener im Sinne der verwaltungsrechtlichen Dogmatik.[45] Wer diesen Schluss zieht, hat die Entscheidung nicht gelesen.[46] An keiner Stelle tauchen die Substantive „Beleihung" oder „Beliehener" auf, es wird nur das Partizip Passiv „beliehen" verwendet. Ebenso gut hätte man auch sagen können: „mit der rechtlichen Befugnis ausgestattet".[47] Ganz abgesehen davon kann ein Vertragsarzt nach der Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts auch kein Beliehener sein. Bei diesem handelt es sich um eine Privatperson, die dazu befugt ist, Staatsaufgaben in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts (Verwaltungsakt, Verwaltungsvertrag oder auch schlichthoheitlich) selbständig wahrzunehmen.[48] Nicht nur das: Einem Beliehenen müssen nicht nur staatliche *Aufgaben*, sondern auch staatliche *Befugnisse* übertragen werden. Nun erlässt der Arzt gewiss keinen Verwaltungsakt gegenüber dem Versicherten, er handelt aber auch sonst nicht mit Verbindlichkeit gegenüber dem Versicherten; denn dieser ist nicht nur in seiner Arztwahl frei, sondern kann sich auch der jeweiligen Behandlung jederzeit entziehen.[49] Der Arzt handelt aber auch nicht mit Verbindlichkeit gegenüber der Krankenkasse; denn rechtlich gesehen steht

2005, 369 (370); *ders.*, Das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot – Kriminalstrafbewehrtes Treuegesetz des Kassenarztes?, GesR 2006, 345 (347).

[45] *Helge Sodan,* Der Vertragsarzt – Ausschussbeauftragter für den Richtlinienvollzug? in: Schnapp (Hrsg.), Probleme der Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, Teil III, 2000, S. 185 ff.; *Volker Neumann*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl., München 2006, § 13 Rdn. 17.

[46] Zum richtigen Verständnis siehe *Meyer,* Diskussionsbeitrag, in: Schnapp (Hrsg.), Probleme der Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, Teil III, Frankfurt am Main 2000, S. 266 ff.

[47] Zu den Gründen für die Missverständnisse im Schrifttum siehe *Friedrich E. Schnapp,* Muss ein Vertragsarzt demokratisch legitimiert sein?, NZS 2001, 337 (339).

[48] Stellvertretend *Martin Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin/New York 2010, § 10 Rdn. 24.

[49] Zutreffend: *Helge Sodan*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, München 2010, § 13 Rdn. 15 ff.

allein dieser zu, über das Bestehen eines Behandlungsanspruchs zu befinden.[50] Der Arzt hat auch keine rechtlichen Möglichkeiten, den Versicherten zur *compliance* zu zwingen:[51] Der Versicherte kann ärztliche Ratschläge und Hinweise in den Wind schlagen, er kann die Behandlung jederzeit abbrechen, er kann die verschriebenen Medikamente in den Mülleimer befördern etc. Schließlich: Wäre ein Vertragsarzt tatsächlich Beliehener, dann würde sich das Haftungsregime bei unerlaubten Handlungen nach § 839 BGB, Art. 34 GG richten und die Kassenärztliche Vereinigung, je nach Konstruktion auch die jeweilige Krankenkasse, haften.[52] Allein diese Konsequenz zeigt, wie abwegig die Vorstellung vom Vertragsarzt als Beliehenem ist.

VI. Sachwalter der Kassenfinanzen?

Ausdrücklich als „Sachwalter der Kassenfinanzen insgesamt" wird der Vertragsarzt vom Bundesverfassungsgericht bezeichnet.[53] Die Entscheidung betraf allerdings die Verfassungsmäßigkeit der Altersgrenze von 55 Jahren, jenseits derer approbierte Ärzte grundsätzlich nicht mehr zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen wurden.[54] Das Gericht war dort von der Annahme ausgegangen, Ärzten, die erst in diesem Alter zugelassen würden, stünden nur wenige Jahre zur Gewinnerzielung aus selbständiger Tätigkeit zur Verfügung; dieser Umstand berge einen Anreiz zu erhöhter Umsatzerzielung, was wiederum zu einer – aus Sicht der Krankenkassen – unerwünschten Mengenausweitung führe. Diese Annahme selbst steht schon auf schwachen Füßen und illustriert nebenbei die mangelnde Vertrautheit des Bundesverfassungsgerichts mit den Grundstrukturen des Vertragsarztrechts und des Vergütungssystems: Ein Vertragsarzt kann durch eine Ausweitung seiner Tätigkeit nicht auch sein Honorarvolumen entsprechend der Ausweitung erhöhen. Das galt schon zum Zeitpunkt der damaligen Entscheidung und gilt heute erst recht. Denn

---

[50] *Reinhard Steege*, Die Konkretisierung des Krankenbehandlungsanspruchs im Sachleistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung, in: von Wulffen/Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, Köln u. a. 2004, S. 517 ff. (524 f., 526 f.); siehe auch bei und in Fußn. 65.

[51] Zutreffend: *Helge Sodan*, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, München 2010, § 13 Rdn. 15 ff.

[52] Vgl. dazu die Erwägungen bei *Helge Sodan*, Der Vertragsarzt – Ausschussbeauftragter für den Richtlinienvollzug?, in: Friedrich E. Schnapp (Hrsg.), Probleme der Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, Teil III, Frankfurt am Main 2000, S. 185 (204 f.).

[53] BVerfGE 103, 172 (191). Zustimmend angeführt von *Bernd Schütze*, Die Sachwalterstellung der Vertragsärzte – Grenze für Boni, Fangprämien und andere Interessenverquickungen, in: Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villiger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, Festschrift für Renate Jaeger, Kehl am Rhein 2011, S. 539 (548).

[54] Siehe § 98 Abs. 2 Nr. 12 a. F. SGB V in Verbindung mit dem früheren § 25 der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV) vom 28. Mai 1957 (BGB1 I S. 572, 608), aufgehoben durch Art. 5 des Gesetzes v. 21.12.2006 (BGBl. I S. 3439).

die Honorierung erfolgt aus der Gesamtvergütung,[55] die von den Krankenkassen mit befreiender Wirkung[56] an die jeweilige Kassenärztliche Vereinigung entrichtet wird. Die Gesamtvergütung steht aber – ist sie einmal geleistet worden – in ihrer Höhe fest und kann nicht nachträglich geändert werden, weil die Krankenkassen rechtlich nicht imstande sind, von den Arbeitgebern und den versicherten Beschäftigten im Nachhinein höhere Beiträge einzufordern.[57] Eine Mengenausweitung auf Seiten der Ärzte führt(e) also zu einem Verfall des Punktwerts, der im Gesamtvertrag (§ 83 SGB V) zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen vereinbart wird (sog. Hamsterradeffekt)[58]: Hat der zu verteilende „Kuchen" eine unveränderliche Größe, dann werden eben mit der wachsenden Zahl an Teilhabern oder der geltend gemachten Punkte die „Kuchenstücke" immer kleiner.[59] Der Anforderungspunktwert, den der Arzt mit der jeweiligen Quartalsabrechnung geltend macht, deckt sich nicht mit dem Verteilungspunktwert, der dem Arzt zugestanden wird: Der Anforderungspunktwert ist stets größer.[60] Es kommt hinzu, dass die meisten Kassenärztlichen Vereinigungen schon vor Jahren dazu übergegangen sind, mit Billigung des Bundessozialgerichts[61] sog. „Honorartöpfe" zu bilden, d.h. feste Honorarkontingente für die einzelnen Arztgruppen. Eine Mengenausweitung entfaltet daher bestenfalls Wirkungen im jeweiligen Honorartopf. Hätte das Bundesverfassungsgericht noch einmal zu judizieren, müsste es berücksichtigen, dass wir mittlerweile ein System der Regelleistungsvolumina haben, innerhalb dessen es für jede Praxis eine „Standardvergütung pro Patient" gibt (Behandlungspauschale) und eine maximale Patientenzahl, bis zu der sie bezahlt wird (im Einzelnen siehe §§ 87b und 87c SGB V). Dies seit 2009 existierende System lässt noch weniger als früher eine Honorarerhöhung durch Mengenausweitung zu. Da Karlsruhe die Gelegenheit sobald nicht wiederbe-

---

[55] Dazu etwa *Rainer Hess,* Die Honorargestaltung im Vertragsarztrecht, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.): Handbuch des Vertragsarztrechts. Das gesamte Kassenarztrecht, 2. Aufl., München 2006, § 16 Rdn. 50 ff.

[56] § 85 Abs. 1 SGB V.

[57] BSG SozR 3-2500 § 85 Nr. 30 S. 229. Das Bundessozialgericht erwähnt dort, wie stets, nur die Versicherten. Damit wird der Umstand ausgeblendet, dass der Arbeitgeber allein Zahlungspflichtiger und Zahlungsschuldner ist (§ 253 SGB V in Verbindung mit § 28 e Abs. 1 Satz 1 SGB IV), ihn mithin die Zahlungsverpflichtung als originär eigene Schuld trifft. Das ist ganz h. M.; vgl. *Friedrich E. Schnapp*, Die rechtliche Legitimation des Arbeitgeberanteils in der gesetzlichen Krankenversicherung, SGb 2005, 1 (2 f. m.w.N. in Fußn. 15). Durch den Beitragsabzug gem. § 28g SGB IV refinanziert er sich in Höhe des idR hälftigen Anteils, den der versicherte Beschäftigte zu tragen hat (§ 249 Abs. 1 SGB V).

[58] *Udo Sydow,* Die vertragsärztliche Abrechnung einschließlich des Fremdkassenzahlungsausgleichs und der Honorarverteilung, in: Kassenärztliche Bundesvereinigung (Hrsg.): Die vertragsärztliche Versorgung im Überblick, 2. Auflage, Köln 2002, S. 375 ff. (422).

[59] *Gunnar Duttge*, Strafrechtliche Folgen sog. Scheinpartnerschaften, in: Schnapp (Hrsg.): Rechtsfragen der gemeinschaftlichen Berufsausübung von Vertragsärzten, Frankfurt am Main 2002, S. 79 ff. (100 f.).

[60] Degressions- und Abstaffelungsregelungen (siehe etwa § 85 Abs. 4d SGB V) bleiben hier der Übersichtlichkeit halber außer Betracht.

[61] BSGE 73, 131 = BSG SozR 3-2500 § 85 Nr. 4.

kommt, über diesen Kontext zu befinden, müssen andere Gerichte diese Umstände ins Kalkül ziehen, wenn sie sich anschicken, den Vertragsarzt ebenfalls als Sachwalter der Kassenfinanzen zu qualifizieren.

Unzutreffend ist auf jeden Fall, dass „Befugnis und Verpflichtung *zu wirtschaftlicher Verwaltung der Mittel* der gesetzlichen Krankenversicherung … den Vertragsärzten überantwortet [sind].“[62] Diese These findet jedenfalls – um eine poetische Formulierung des Gerichts aufzugreifen – „keinen Widerhall im Gesetz“[63]. Diese Verpflichtung trifft ausschließlich die Versicherungsträger, die sicherzustellen haben, dass ihre Aufgaben unter Berücksichtigung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erfüllt werden können.[64] Sollte mit dem erwähnten Satz gemeint sein, dass die ärztliche Entscheidung über Behandlung und Verordnung im Regelfall für die Kasse insoweit „bindend“ ist,[65] als sie Kostenfolgen (allerdings in einer zu diesem Zeitpunkt nicht genau bekannten Höhe) auslöst, so ist dagegen nichts zu erinnern. Das hat aber mit einer rechtlichen Verpflichtung zur „wirtschaftlichen *Verwaltung der Mittel*“ nichts zu tun. Das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs. 1 SGB V, das ausdrücklich auch für die Leistungserbringer gilt, zu denen die Vertragsärzte gehören, bezieht sich auf die *Leistungen*, die von ihnen erbracht („bewirkt“) werden. Die Wendung vom „Sachwalter der Kassenfinanzen insgesamt“ ist auch nur aufgestellt worden, um die Annahme zu stützen, ein im höheren Lebensalter zugelassener Arzt würde in einen Honorarwettlauf zu Lasten der Krankenkassen eintreten. Der Gesetzgeber hat jedenfalls diese Annahme ad acta

---

[62] BVerfGE 103, 172, (191). Hervorhebung von mir. Wie hier auch LG Hamburg, GesR 2011, 164 (170).

[63] BVerfGE 118, 212 (243); 122, 248 (283).

[64] Vgl. § 69 Abs. 2 SGB IV und dazu *Friedrich E. Schnapp*, Der Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit – im Sozialrecht und in anderen Rechtsgebieten, in: Boecken/Ruland/Steinmeyer (Hrsg.), Sozialrecht und Sozialpolitik in Deutschland und Europa, Festschrift für v. Maydell, Neuwied 2002, S. 621 ff.; nachgedruckt in: Hermann Butzer (Hrsg.), Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Verfahrensrecht, Berlin 2004, S. 109 ff.

[65] Dazu *Michael Jörg*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts. Das gesamte Kassenarztrecht, 2. Aufl., München 2006, § 11 Rdn. 32. Zum Krankenhausbereich siehe BSGE 86, 166; 89, 104 und dazu Wolfgang Pilz, Die „Schlüsselstellung” des Krankenhausarztes - Der Vergütungsanspruch des Krankenhausträgers bei umstrittener Fehlbelegung in der Rechtsprechung des BSG -, NZS 2003, 350 ff. Allerdings ist auch hier zu beachten, dass nach der gesetzlichen Konzeption allein die Krankenkasse darüber zu befinden hat, ob dem Versicherten auf der Grundlage des geltenden Rechts ein bestimmter Anspruch auf Krankenbehandlung zusteht oder nicht: BSGE 82, 158, 161 f. = SozR 3-2500 § 39 Nr. 5 S. 26 f.; BSGE 89, 34, 39 = SozR 3-2500 § 18 Nr. 8 S. 34 jeweils mit weiteren Nachweisen; BSG, NJW 1989, 2350 = USK 88157; BSG v. 4.4.2006, B 1 KR 32/04 R, Abs. 34. Der letztgenannte Beschluss betraf die Anfrage an den 3. Senat, ob er an seiner bisherigen – anderslautenden – Rechtsprechung festhalte; der Große Senat hat die Auffassung des 1. Senats auf dessen Anfrage vom 7.11.2006 (GesR 2007, 276) mit Beschluss vom 25.9.2007 (GS 1/06) bestätigt. Siehe ferner *Antje Klötzer*, Ist der niedergelassene Vertragsarzt tatsächlich tauglicher Täter der §§ 299, 331 StGB?; NStZ 2008, 12 (15); *Volker Neumann*, Gerichtliche Kontrolle von Allokationsentscheidungen der Krankenkasse, SGb 2006, 2 ff. (2 r. Sp.); *Michael Quaas*, Zur Notwendigkeit der Krankenhausbehandlung nach § 39 Abs. 1 Satz 2 SGB V, SGb 2008, 261 ff.; *Reinhard Steege*, Die Konkretisierung des Krankenbehandlungsanspruchs im Sachleistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung, in: von Wulffen/Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, Köln u.a. 2004, S. 517 ff. [521, 524]).

gelegt: Durch das Vertragsarztrechts-Änderungsgesetz vom 21.12.2006[66] sind die Vorschriften über die Altersbegrenzung ersatzlos gestrichen worden. Ist damit auch die „Sachwalter"-Eigenschaft entfallen?

VII. Das Wirtschaftlichkeitsgebot

Nun ist richtig, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V auch für Leistungserbringer gilt; allerdings ist hier auch wieder wichtig, dass man sich dabei nicht in allgemeinen Wirtschaftlichkeitserwägungen ergeht, sondern das Gesetz zu Rate zieht. Dort heißt es: „Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, (…) dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken…". Der Vertragsarzt ist einer permanenten Selbstüberprüfung seiner Behandlungs- und Verordnungsweise am Maßstab des Wirtschaftlichkeitsgebots des § 12 SGB V, der eine Ansammlung unbestimmter Rechtsbegriffe enthält, zu einem guten Teil enthoben. Das Vertragsarztrecht hält nämlich drei Subsysteme bereit, mit deren Hilfe dem Arzt – allerdings nachträglich – bestätigt wird, ob er wirtschaftlich gehandelt hat oder nicht. Bei diesen Untersystemen handelt es sich zum einen um die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, welche dieser „über die Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten" beschließt (§ 92 Abs. 1 Satz 1 SGB V). Hält sich der Vertragsarzt innerhalb dieser Richtlinien, dann spricht eine prima-facie-Vermutung für die Wirtschaftlichkeit seiner Behandlungs- und Verordnungsweise.[67] Das ist deshalb so, weil nach der gesetzlichen Vorgabe die Richtlinien die Aufgabe haben, das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V zu präzisieren.[68] Zum anderen unterliegen Vertragsärzte einer Wirtschaftlichkeitsprüfung nach § 106 SGB V, die ursprünglich dann griff, wenn der einzelne Vertragsarzt von dem Behandlungs- und Verordnungsverhalten seiner Fachgruppe signifikant abwich, die aber durch die (effektivere) Richtgrößenprüfung abgelöst worden[69] und durch eine Plausibilitätsprüfung (§ 106a Abs. 1 und 2 SGB V) ergänzt worden ist.

Diesen beiden Mechanismen ist vorgeschaltet die sachlich-rechnerische Richtigstellung nach § 106a SGB V; dieses Richtigstellungsverfahren besteht darin, die

---

[66] Siehe Fußnote 9.

[67] *Friedrich E. Schnapp*, Der Vertragsarzt – Sachwalter der gesetzlichen Krankenkassen?, in: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, S. 795 ff. (806).

[68] *Rainer Hess*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, (Loseblatt), Stand: Januar 1990, § 92 Rdn. 2; *Stefanie Seeringer*, Der Gemeinsame Bundesausschuss nach dem SGB V, Baden-Baden 2006, S. 159.

[69] Zu den Einzelheiten siehe *Gernot Steinhilper*, Abrechnungsbetrug. Verfolgung durch Kassenärztliche Vereinigungen und Krankenkassen (in diesem Band, S. 71 ff.); *Thomas Clemens*, in: Schlegel/Voelzke/Engelmann (Hrsg.), juris-PK SGB V, § 106 Rdn. 18 ff.; *Jörn Schroeder-Printzen*, Wirtschaftlichkeitsprüfung, in: Ratzel/Luxenburger (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl., Bonn 2009, § 7 J. Zu den Besonderheiten bei den Vertragszahnärzten siehe *Ralf Großbölting*, Die vertragszahnärztliche Wirtschaftlichkeits- und Abrechnungsprüfung. Unter besonderer Berücksichtigung vergütungsrelevanter Verteilungsmechanismen, Frankfurt am Main 2007.

Abrechnung des Arztes auf ihre Übereinstimmung mit gesetzlichen, vertraglichen und satzungsrechtlichen Vorschriften des Vertragsarztrechts (mit Ausnahme des Wirtschaftlichkeitsgebots) zu prüfen und ggf. zu berichtigen.[70] Hierunter fällt auch die „Überprüfung einer Fehlabrechnung bis hin zur betrügerischen Honorarabrechnung“[71]. Insgesamt stellt das Gesetz also ineinander greifende, systemimmanente Instrumente zur Verfügung, mit denen sichergestellt werden soll, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot beachtet wird. Reaktionen bei Verstößen gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot bestehen nicht nur in Kürzungen des Honorars; daneben kommen disziplinarische Maßnahmen[72] und – bei nachhaltigen Verstößen gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot – auch die Entziehung der Zulassung in Betracht.[73] Dieser Umstand evoziert Assoziationen unter dem Stichwort „ultima-ratio-Funktion“ bzw. Subsidiarität des Strafrechts.[74]

Der Bundesgerichtshof nimmt nun an, der Vertragsarzt sei *der Krankenkasse gegenüber* zur Wahrung des Wirtschaftlichkeitsgebots verpflichtet.[75] *Schütze*[76] ist der Ansicht, er sei seinen *Patienten und* den anderen *Leistungserbringern gegenüber* zur Wahrung der Wirtschaftlichkeit und Neutralität der medizinischen Versorgung verpflichtet. Ja, wem gegenüber denn nun? Das ist leicht gesagt, aber schwer zu belegen. Aus § 12 Abs. 1 S. 2 SGB V ergibt sich jedenfalls nicht, wem gegenüber diese Verpflichtung besteht. Sie ist auf der Berechtigungsseite adressatlos. Gehen wir von der allgemeinen Rechtslehre oder auch von allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen aus, dann korrespondieren Berechtigungen und Verpflichtungen miteinander: Derjenige, dem gegenüber eine Verpflichtung besteht, ist Inhaber der entsprechenden Berechtigung und in der Lage, diese entweder zu erzwingen oder bei Nichterfüllung Reaktionsansprüche geltend zu machen.[77] Die Reaktionen bei unwirtschaftlicher Behandlungs- und Verordnungsweise des Arztes stehen aber

---

[70] BSG, Breith 2011, 425 (426).

[71] *Gernot Steinhilper*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts. Das gesamte Kassenarztrecht, 2. Aufl., München 2006, § 16 Rdn. 26; ausführlich hierzu auch *Thomas Clemens*, in: Bertram Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts. Band 1. Krankenversicherungsrecht, München 1994, § 34.

[72] Eingehend dazu: *Gernot Steinhilper*, Disziplinarverfahren der Kassenärztlichen Vereinigungen, in: Rieger/Dahm/Steinhilper (Hrsg.), Heidelberger Kommentar – Arztrecht. Krankenhausrecht. Medizinrecht (Loseblatt, Stand: Sept. 2011), Beitrag 1485 mit umfangreichen Literaturnachweisen.

[73] Siehe § 95 Abs. 6 SGB V und dazu BSG, MedR 1997, 86. Ferner *Klaus Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl., Heidelberg 2008, S. 578.

[74] Siehe den Hinweis bei *Klaus Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl., Heidelberg 2008, S. 573 mit Verweis auf *Jürgen Seier*, Die Untreue (§ 266 StGB) in der Rechtspraxis, in : Bernsmann/Ulsenheimer (Hrsg.), Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, Köln 2003, S. 145 ff. (147).

[75] BGHSt 49, 17 (24).

[76] *Bernd Schütze*, Die Sachwalterstellung der Vertragsärzte – Grenze für Boni, Fangprämien und andere Interessenverquickungen, in: Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villiger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, Festschrift für Renate Jaeger, Kehl am Rhein 2011, S. 539 ff. (550).

[77] Die Rechtsordnung kennt auch Pflichten, die lediglich gegenüber „der Allgemeinheit“ bestehen (Beispiel: Die Verpflichtung von Gemeinden, eine Hauptsatzung zu erlassen; siehe etwa § 7 Abs. 1 Satz 3 GO NRW). Als Sachwalter der Allgemeinheit fungiert dann die Aufsichtsbehörde.

nicht den Kassen einseitig zur Verfügung, erst recht nicht den Patienten oder den anderen Ärzten; vielmehr erfolgt die Wirtschaftlichkeitsprüfung durch paritätisch besetzte Prüfgremien (Prüfstellen und Beschwerdeausschüsse: § 106 Abs. 4 SGB V). Bei schweren Verstößen gegen vertragsarztrechtliche Pflichten, bei denen u.U. auch eine Entziehung der Zulassung in Betracht kommt, agieren ebenfalls Gremien der gemeinsamen Selbstverwaltung (§ 95 Abs. 6 in Verbindung mit §§ 96, 97 SGB V). Das bekommt Gewicht dadurch, dass das Gesetz andere Sanktionsmechanismen für den Fall vorsieht, dass Kassenvorstände gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßen. § 12 Abs. 3 SGB V bestimmt, dass in diesem Fall der Verwaltungsrat das in Frage kommende Vorstandmitglied von sich aus oder auf Veranlassung der Aufsichtsbehörde in Regress nimmt. Wir haben also ein unterschiedliches Reaktionssystem bei unwirtschaftlichem Handeln: Reaktionen auf Verstöße von Ärzten gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot stehen den Organisationen der Ärzte und der Krankenkassen zur gesamten Hand zu; trifft der Vorwurf die Kassenvorstände, so hat die Krankenkasse durch den Verwaltungsrat zu reagieren. Die Behauptung, Verpflichtungen aus § 12 Abs. 1 Satz 1 SGB V bestünden gegenüber den Krankenkassen, ist also zumindest mit einem Fragezeichen zu versehen. Dieser Hinweis mag wie Beckmesserei aussehen, aber das Strafrecht ist von Verfassungs wegen (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) zur Pedanterie verpflichtet. Polemisch ließe sich fragen: Wenn der Arzt Sachwalter der Krankenkassen ist, diese aber keine Sanktionsinstrumente haben, sollte wirklich das Strafrecht die einzige Reaktion zur Verfügung stellen? Und wenn Versicherte, die Mitglieder der Krankenkasse (§ 186 SGB V) und ebenfalls Adressaten des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12 Abs. 1 Satz 2 SGB V) sind, sich unnötige oder unwirtschaftliche Leistungen verschaffen: trifft sie dann auch eine Vermögensbetreuungspflicht?

VIII. Der Vertragsarzt als Vertreter der Krankenkasse ?

In ein besonderes Näheverhältnis zu den Kassen hat das Bundessozialgericht den Vertragsarzt gebracht, indem es ihn bei der Ausstellung eines Rezepts an Versicherte als Vertreter der Krankenkassen qualifiziert hat.[78] Der 3. Senat hatte – ich zitiere jetzt fast wörtlich – einen für jeden einzelnen Fall der Medikamentenabgabe auf Kassenrezept zu schließenden öffentlich-rechtlichen Kaufvertrag zwischen Apotheker und Krankenkasse angenommen. Er hatte weiter angenommen, der Vertragsarzt fungiere aufgrund der ihm durch das Vertragsarztrecht verliehenen Kompetenzen als Vertreter der Krankenkasse und gebe durch die Verordnung eines Arzneimittels auf Kassenrezept ein Kaufvertragsangebot der Krankenkasse ab, das der Versicherte durch Vorlage des Kassenrezepts dem Apotheker übermittele und von diesem durch die Aushändigung des Arzneimittels an den Versicherten annehme. Dabei firmierte der Versicherte als Bote. Das war eine reichlich küh-

[78] BSGE 77, 194 (200) = SozR 3-2500 § 129 Nr. 1. Aufgegeben von BSGE 105, 157 = SozR 4-2500 § 129 Nr. 5. Die neue Rechtsprechung wurde bestätigt von BSG, Breith 2011, 607.

ne Konstruktion, die schon einer Überprüfung an zivilrechtlichen Maßstäben nicht standhielt.[79] Wie dem auch sei: Aus der angenommenen Vertreterstellung des Vertragsarztes hat der Bundesgerichtshof bekanntlich gefolgert, dass ein Betrug nicht in Betracht komme, weil die Krankenkasse nicht getäuscht werden könne. Handle jedoch der Arzt als Vertreter der Krankenkasse und erfülle somit eine dieser den Versicherten gegenüber obliegende Aufgabe, dann sei er *ihr gegenüber* verpflichtet, das Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 12 Abs. 1 SGB V) zu beachten.[80] Darin komme seine Vermögensbetreuungspflicht zum Ausdruck.[81]

Diese Rechtsprechung hat Kritik erfahren,[82] aber auch – bis in die jüngste Zeit – vereinzelte Zustimmung. Dieser Anknüpfungspunkt ist freilich mit dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 17.12.2009 entfallen. Ich zitiere nochmals: „An dieser rechtlichen Konstruktion hält der erkennende Senat nach erneuter Prüfung nicht mehr fest; der Vergütungsanspruch des Apothekers hat seine Grundlage vielmehr unmittelbar im öffentlichen Recht. Denn die Konstruktion über einen in jedem Einzelfall abzuschließenden, den Versicherten begünstigenden öffentlich-rechtlichen Kaufvertrag zwischen Apotheker und Krankenkasse ist entbehrlich,[83] weil sich schon aus § 129 SGB V i.V.m. den Verträgen nach § 129 Abs. 2 und Abs. 5 Satz 1 SGB V eine tragfähige Rechtsgrundlage ergibt (…). Das regelmäßige Abstellen auf § 433 Abs. 2 BGB widerspricht zudem der Regelung des § 69 SGB V, wonach Vorschriften des BGB nur ‚im Übrigen' entsprechend angewendet werden dürfen, soweit also die Vorschriften des SGB V lückenhaft sind. Dies ist hier gerade nicht der Fall." Diese Stütze ist also für die Rechtsprechung der Strafgerichte und für so manche Konstruktion in der Literatur entfallen. Wie diese damit umgehen, soll im Rahmen dieses Beitrags nicht weiter interessieren. Bezeichnend für die Kommunikation – oder vielmehr die fehlende Kommunikation – zwischen Sozialrecht und Strafrecht ist aber der Umstand, dass noch über ein Jahr nach dieser Selbstkorrektur des Bundessozialgerichts ein strafrechtlicher Kollege folgendes ausführte: Die in der Entscheidung BGHSt 49, 17 rezipierte sozialgerichtliche Rechtsprechung zur Funktion des Vertragsarztes sei zwar ihrerseits im Sozialrecht

---

[79] Dazu *Friedrich E. Schnapp*, Der Vertragsarzt – Sachwalter der gesetzlichen Krankenkassen? in: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, S. 795 ff. (802 ff.).

[80] Zum genauen Normtext dieser Vorschrift vgl. Anlage 1 dieses Bandes.

[81] Siehe die angegebene Entscheidung, jeweils unter 3b. Dabei stützt sich der Senat allein auf *Erik Goetze*, Arzthaftungsrecht und kassenärztliches Wirtschaftlichkeitsgebot, Berlin u.a. 1989, S. 178 f. Dieser Autor ist, folgt man *Ulsenheimer* (Der Vertragsarzt als Sachwalter der Vermögensinteressen der gesetzlichen Krankenkassen?, MedR 2005, 622 [627]), allerdings der einzige, der diese Ansicht vertritt. Dergestalt kann man sich natürlich passende Zitate fallweise zusammensuchen.

[82] *Klaus Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl., Heidelberg 2008, S. 577 mit allen Nachweisen in Fußnote 31.

[83] Aus dem Wort „entbehrlich" folgert das LG Hamburg (MedR 2011, 173), die frühere Konstruktion sei nicht „falsch" gewesen, weil die auch früher angewendeten Vorschriften damals (anders als heute) als ergänzungsbedürftig angesehen worden seien. Damit überspielt das Gericht den Umstand, dass 1. Senate eines obersten Bundesgerichts, wenn sie schon genötigt sind, ihre frühere Rechtsprechung aufzugeben, dies mit schonenden Formulierungen zu tun pflegen und 2. schon bei Übungsklausuren und -hausarbeiten der alte Grundsatz gilt: „Überflüssig, also falsch".

nicht ganz unumstritten,[84] aber so gefestigt, dass man auf ihrer Grundlage werde argumentieren müssen.[85] Man kann unterstellen, dass im Gegensatz dazu dem Bundesgerichtshof die Aufgabe der früheren Rechtsprechung durch das Bundessozialgericht nicht entgangen ist. Welche Konsequenzen er daraus zieht, richtet sich nach der bekannten hilflosen, gleichwohl realistischen Juristenfrage: „Weiß ich, wie die Gerichte entscheiden?"

IX. Die Krankenkasse – ein wirtschaftlicher Betrieb?

Die Aufgabe der früheren Rechtsprechung, wonach der Vertragsarzt als Vertreter der Krankenkasse angesehen wurde, wirkt sich freilich nicht auf die Anwendbarkeit des § 299 StGB aus, der zudem den Vorteil aufweist, dass Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr keine Schädigung der Krankenkasse voraussetzen. Wenn allerdings die zivilrechtliche Figur des Vertreters entfallen ist, lässt sich eine Brücke zum Beauftragten nicht mehr so leicht schlagen. Davon abgesehen: Auf § 299 StGB konzentriert sich seit dem Beschluss des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 23.2.2010 (WS 17/10) denn auch zunehmend die Diskussion. Ganz im Mittelpunkt steht die Frage, ob der Vertragsarzt als „Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs" in Betracht kommt. Soweit ich sehe, stürzt sich nahezu alles auf den Beauftragten-Begriff und übergeht die Frage, ob die Krankenkassen einen „geschäftlichen Betrieb" unterhalten – offenbar, weil das als eher selbstverständlich unterstellt wird.[86] Das ist es aber keineswegs, denn der Europäische Gerichtshof hat schon im Jahre 2004 entschieden, dass die deutschen gesetzlichen Krankenkassen mangels wirtschaftlicher Tätigkeit keine Unternehmen im Sinne des EG-Kartellrechts sind.[87] Dem ist das Bundessozialgericht gefolgt.[88] Der Europäische Gerichtshof hat konstatiert, dass die Krankenkassen der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland an der Verwaltung des Systems der sozialen Sicherheit mitwirken und insoweit eine rein soziale Aufgabe wahrnehmen, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruht und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird. Das ist deshalb zutreffend, weil die Krankenkassen gesetzlich und untergesetzlich festgelegte, standardisierte Leistungen erbringen, ohne dass sie die Möglichkeit hätten, auf diese Leistungen Einfluss zu nehmen. Überdies sind die Leistungen von den Beiträgen unabhängig, d.h. es findet überhaupt keine Preisbildung nach dem Gesetz von Angebot und Nachfrage statt. Das bereits erwähnte Sach-

[84] Die zum Beleg in Fußnote 43 des Beitrags angeführten kritischen Stimmen stammen durchaus nicht durchweg aus dem Sozialrecht.

[85] *Helmut Frister*, Der Vertragsarzt als Beauftragter der Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB?, in: Lindemann/Ratzel, Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, Baden-Baden 2010, 99 (107).

[86] Siehe die eher apodiktische Formulierung bei LG Hamburg, MedR 2011, 172 r. Sp.

[87] EuGH v. 16.03.2004, C-264/01.

[88] BSG, NZS 2011, 426 mit umfassenden Nachweisen in Abs. 23.

leistungsprinzip, gerichtet auf die „Unmittelbarkeit der Bedarfsbefriedigung“[89], ist eine der Ursachen dafür, dass in der gesetzlichen Krankenversicherung kein Marktgeschehen stattfindet: Preise für Güter und Leistungen sind nicht Gegenstand eines freien Wettbewerbs[90], sie werden nicht ausgehandelt, sondern sind administriert, und der Preis versagt als Knappheitsindikator. Beiträge und Leistungen sind entkoppelt. Die Tätigkeit der Krankenkasse ist mithin nichtwirtschaftlicher Art, und sie selbst sind keine Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts, also der Artikel 81 und 82 EG. Zwar hat der Gesetzgeber den Wettbewerb unter den gesetzlichen Krankenkassen insbesondere durch die Gesundheitsreform 2007 verstärkt, und es ist auch sonst viel die Rede vom Wettbewerb unter den Krankenkassen.[91] Nur handelt es sich dabei nicht um eine der Marktwirtschaft systemimmanente Optimierungsdynamik, sondern um einen Wettbewerb um die Erfüllung vordefinierter, d.h. gesetzlich vorgegebener Aufgaben und Ziele.[92] Schutzgut des § 299 StGB ist der Wettbewerb; ob der „verstümmelte Wettbewerb“ im Sinne der Verwaltungswirtschaft bei der Erbringung sozialer Dienstleistungen dazu zählt, wäre klärungsbedürftig und erforderte eine sorgfältigere Auseinandersetzung, als man sie bislang lesen kann.[93] Wettbewerb wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die öffentliche Hand beteiligt ist;[94] aber wenn es Normzweck des § 299 StGB ist, Handeln der öffentlichen Hand dann als Teil des geschäftlichen Verkehrs zu erfassen, wenn die öffentliche Hand in gleicher Weise wie jedermann am allgemeinen Wirtschaftsverkehr teilnimmt, dann fehlt es nach der Rechtsprechung bei Krankenkassen genau daran. Das alles lässt Zweifel nicht nur aufkommen, ob die Krankenkassen überhaupt einen geschäftlichen Betrieb unterhalten, sondern auch daran, ob sie in Bezug auf Leistungen Unternehmensentscheidungen treffen, auf die der Arzt als „Beauftragter“ Einfluss nehmen könnte. Wenn schon – wie der EuGH und das Bundessozialgericht im Einklang mit der Gesetzeslage feststellen – die Krankenkassen keine Möglichkeit haben, auf die Leistungen Einfluss zu nehmen,[95] wie soll es dann der Arzt als Beauftragter können?[96]

---

[89] BSGE 55, 188 (193); *Hans F. Zacher/Marion Friedrich-Marczyk,* Krankenkassen oder nationaler Gesundheitsdienst?, Heidelberg 1980, S. 28.

[90] So deutlich BVerfG (Kammer), DVBl. 2001, 979 (980); siehe auch BVerfGE 68, 193 (220 f.); 103, 172 (185).

[91] *Lege* nennt schon die Namensgebung des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzliche Krankenversicherung (GKV-WSG) vom 26.3.2007 (BGBl. I S. 378) „Heuchelei“: *Joachim Lege*, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), S. 112 ff. (127). Er bezeichnet dort (S. 126) das Wirtschaftssystem des Gesundheitswesens als „neofeudales System der Beuteverteilung auf Gegenseitigkeit“, seriöser formuliert: als ein System „myopischen Handelns“ (ebd., Fußn. 67). Myopisch = kurzsichtig.

[92] Siehe etwa *Volker Neumann*, Wettbewerb bei der Erbringung von Pflegeleistungen, SGb 2007, 521 (523).

[93] LG Hamburg, GesR 2011, 164 (172).

[94] BGH, NStZ 1994, 277; LG Hamburg, GesR 2011, 164 (172 r. Sp.).

[95] Ob das Instrument der Arzneimittel-Rabattverträge (siehe § 130a Abs. 8 SGB V) hier eine andere Beurteilung erfordert oder zulässt, wäre im Einzelfall zu prüfen. Im Übrigen wird die Preisgestaltung, die erst nach der Abgabe des Arzneimittels durch den Hersteller an den Großhandel stattfindet, von

X. Autonome Begriffsbildung im Strafrecht?

Wichtiger als das ist aber das Tatbestandsmerkmal des Beauftragten selbst. Natürlich kann man den Begriff des Beauftragten „weit" auslegen,[97] sogar so weit, bis es knirscht, man kann auf das Erfordernis der rechtsgeschäftlichen Beauftragung oder das „personale Element der Befugniserteilung" verzichten und eine gewagte Gleichstellung mit höheren Angestellten vornehmen.[98] Dann bleibt immer noch der „gesetzliche Auftrag" an den Vertragsarzt, von dem die Gerichte kaum einmal verlässlich sagen, wo sie ihn denn eigentlich verorten. Ziehen wir noch einmal das Gesetz zu Rate, dann stoßen wir auf § 95 Abs. 3 Satz 1 SGB V. Danach bewirkt die Zulassung, dass der Vertragsarzt – soweit hier von Interesse – zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung berechtigt und verpflichtet ist. Das ist nichts anderes als die gesetzliche Ermächtigung und Inpflichtnahme der Vertragsärzte, damit das System der medizinischen Versorgung der Versicherten überhaupt funktioniert. Öffentlich-rechtlich gesprochen, haben wir es hier mit einer Kompetenzzuweisung zu tun. Diese in einen Auftrag für einen geschäftlichen Betrieb umzudeuten, ist reichlich kühn.

Nun ist das Strafrecht nicht gehindert, seine Begriffsbildung autonom vorzunehmen. An den Bierdeckel als Urkunde, an den beschuhten Fuß oder den auf eine Person gehetzten Hund als gefährliche Werkzeuge müssen sich schon Erstsemester gewöhnen. Eine eigene Begriffsbildung hat das Strafrecht auch vorgenommen, nachdem der Gesetzgeber in einem Anfall von Humanitätsduselei den § 90a BGB in das Gesetz einfügte. Wollte das Strafrecht diesem „neuen" bürgerlich-rechtlichen Sachenbegriff folgen, dann würden alle Pferdediebe straffrei ausgehen, weil § 242 StGB bekanntlich die Entwendung einer fremden beweglichen Sache erfordert, ein Pferd aber eben keine „Sache" im Sinne des § 90a BGB ist. Bei einer autonomen Begriffsbildung sollte man allerdings deutlich machen, ob man sich überhaupt noch auf Regelungen des Vertragsarztrechts stützt, und darauf achten, ob man sich nicht allzu weit von dem Ideal der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung[99] entfernt. Auch eine autonome Begriffsbildung muss Rationalitätskriterien standhalten.[100] Bei einer allzu forschen Überdehnung des Beauftragten-Begriffs setzt man sich auch dem Risiko aus, vom Bundesverfassungsgericht –

---

der Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV), also von dem staatlichen Verordnungsgeber vorgenommen; siehe § 3 AMPreisV.

[96] Zur Klarstellung: Hier ist nur erörtert worden, ob die Krankenkassen einen „geschäftlichen Betrieb" im Sinne des § 299 StGB unterhalten. Der durch diese Bestimmung geschützte Wettbewerb selbst findet im Fall des Medikamentenbezugs dagegen zwischen den Pharmaunternehmen statt. Es gibt jedoch keinen Leistungsaustausch zwischen Krankenkassen und Arzneimittelherstellern.

[97] LG Hamburg, GesR 2011, 164 (167) im Anschluss an die allgemeine Auffassung im Strafrecht.

[98] LG Hamburg, GesR 2011, 164 (168).

[99] Dazu etwa BVerfGE 98, 83; 98, 106; 98, 265; BVerwGE 110, 248 (258); 111, 200 (210); *Walter Frenz,* Das Prinzip widerspruchsfreier Normgebung und seine Folgen, DÖV 1999, 41 ff.; *Horst Sendler,* Grundrecht auf Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung? – Eine Reise nach Absurdistan?, NJW 1998, 2875 ff.; *Helge Sodan,* Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JZ 1999, 864 ff.

[100] Siehe den Hinweis in BVerfGE 30, 1 (24 f.).

salopp gesagt – zurückgepfiffen zu werden, das bekanntlich mit Beschluss vom 23.6.2010 eine präzisere Konturierung und Handhabung des § 266 StGB angemahnt hat.[101]

[101] BVerfG, Beschluss vom 23.06.2010, 2 BvR 2559/08.

C. Aufdeckung und Prävention

Abrechnungsbetrug: Verfolgung durch Kassenärztliche Vereinigungen und Krankenkassen*

Gernot Steinhilper

I. Einleitung

1. Dunkelfeld

Dem bekannten Kriminalisten Dr. Bernd Wehner[1] wird folgende bildhafte Umschreibung des Dunkelfeldes der Kriminalität zugeordnet: Stünden Kerzen auf jedem Grab, in dem ein Mensch mit der Bescheinigung „natürlichen Todes gestorben“ beerdigt ist, der aber in Wahrheit getötet oder ermordet wurde, so könnte man auf dem Friedhof bei Nacht die Zeitung lesen. Selbst bei gravierenden Delikten wie Mord und Todschlag gibt es also ein Dunkelfeld. Bei Diebstahl (ohne Ladendiebstahl) ist es in Göttingen[2] 7x höher als die registrierte Kriminalität, bei Raubdelikten 9x, bei Körperverletzung 8x und bei Sachbeschädigung 30x.

Kriminalität ist zudem nicht nur eine Frage der Unterschicht; so war das früher zwar häufig gesehen worden. Über spektakuläre Kriminalfälle in der „high society“ berichten die Medien aber immer wieder. Es verwundert daher nicht, dass auch Ärzte des Abrechnungsbetruges und/oder der Untreue überführt werden. Das

---

* Schriftliche Fassung meines Vortrages beim „Kriminalwissenschaftlichen Kolloquium“ am 8. Juli 2011 in Göttingen.

[1] S. dazu Kriminalistik 1996, Heft 2, S. 82.

[2] *Schwind* (Hrsg.), Dunkelfeldforschungen in Göttingen 1973/74, BKA-Forschungsreihe Bd. 2, 1975, S. 156 f.; ähnliche Ergebnisse brachte eine empirische Studie für Bochum; s. *Schwind/Ahlborn/Weiß* (Hrsg.), Empirische Kriminalgeographie. Kriminalitätsatlas Bochum (BKA-Forschungsreihe, Bd. 8), 1978.

Hellfeld ist bekannt; belastbare Angaben zum Dunkelfeld gibt es nicht. Die Schätzungen zu den Schäden variieren erheblich.[3]

2. Erfolgschancen von Aufklärung und Präventionsmaßnahmen

Gängige Vorstellung und Erwartung sind, Abrechnungsbetrug bei Ärzten könne gleichsam auf Null gebracht werden. Die Erfolgsaussichten dazu sind äußerst gering.

- Eine engmaschige Kontrolle durch die Organe der ärztlichen Selbstverwaltung und die Ermittlungsbehörden ist wünschenswert; eine hohe Entdeckungswahrscheinlichkeit verspricht die größte präventive Wirkung. Reduzierungen der Kriminalität dadurch auf Null? *niemals*!
- Der Gesetzgeber knüpft an Detailregelungen, also an eine größere Regelungsdichte, immer die Erwartung, dadurch Kriminalität weitgehend verhindern und zur besseren Aufklärung beitragen zu können; dadurch Reduzierung der Kriminalität auf Null? *niemals*; im Gegenteil: Eine Überregulierung kann neue Probleme schaffen.[4]
- Bessere und zudem rechtzeitige Aufklärung der Ärzte über das Vergütungs- und Abrechnungssystem erscheinen notwendig; dadurch Reduzierung der Kriminalität auf Null? *niemals*!
- Änderung der Einstellung und der Ethik der Ärzte (also Vorrang der medizinisch optimalen Versorgung des Patienten vor der Ökonomie der Praxis)[5]: dringend notwendig, schwer zu erreichen; dadurch Reduzierung der Kriminalität auf Null? *niemals*!

---

[3] Transparency International Deutschland gibt die höchste Schadenssumme für strafbare Handlungen im Gesundheitswesen insgesamt bekannt. Die Polizeiliche Kriminalstatistik enthält nur Angaben zum Hellfeld, und zwar zum Zeitpunkt des Beginns der Ermittlungen. Die Einstellungsbeschlüsse und Urteile in Verfahren gegen Ärzte kommen nach Abschluss der Ermittlungen in der Regel zu deutlich geringeren Beträgen. – Zu Schadensberechnungen speziell beim Abrechnungsbetrug s. beispielsweise *Ellbogen/Wichmann*, MedR 2007, 10; s. auch *Badle*, NJW 2008, 1028; *Nestler*, JZ 2009, 984. Gegen eine ausufernde Rechtsprechung des BGH zum Schaden beim Abrechnungsbetrug und für das Strafrecht als ultima ratio sehr engagiert *Schneider*, Plädoyer für die Abkehr von der „streng formalen Betrachtungsweise" im Bereich des Abrechnungsbetruges, in: Wienke/Janke/Kramer (Hrsg.), Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht, 2011, S. 57 m.w.N.

[4] Die deliktsförderliche Tatgelegenheitsstruktur nimmt linear zur Regelungsdichte zu. Auf die Manipulationsanfälligkeit des Vergütungssystems ist schon mehrfach hingewiesen worden. *Kölbel/Waibel/Dierschedel*, GesR 2011, 139 beschreiben beispielsweise die deliktsförderliche Tatgelegenheitsstruktur im Vergütungssystem der Krankenhäuser, die geringe Wahrscheinlichkeit der Fehlerentdeckung und die nahezu garantierte Nachteillosigkeit; zur „kriminogenen Normgebung" im Gesundheitswesen s. auch *Steinhilper*, in: *Feltes/Pfeiffer/Steinhilper* (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen (Festschrift für Schwind zum 70. Geburtstag), 2006, S. 163 ff. Zu den Gefahren der Überregulierung im Vertragsarztrecht s. *Steinhilper,* GesR 2010, 398 m.w.N. Eine Beseitigung kriminalitätsbegünstigender Schwachstellen im System des ärztlichen Sozialrechts fordern auch *Nestler*, JZ 2009, 984 (speziell zum Betrug) und *Boemke/Schneider*, Korruptionsprävention im Gesundheitswesen, 2011, S. 27 f. und 97 ff. (speziell zur Korruptionsprävention).

[5] Das forderte immer wieder der ehemalige Präsident der Bundesärztekammer, Dr. *Hoppe*. Nach *Sodan*, Vertrags(zahn)ärzte und Ihre Patienten, 2009, ist das Gesundheitswesen neu auszurichten; er fordert zur Erneuerung ergänzend insbesondere mehr Individualität und Eigenverantwortung. In

II. Aufgaben der Kassenärztlichen Vereinigungen (KVen) und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV)

Nach dem Gesetz haben die KVen und die KBV die ambulante vertragsärztliche Versorgung sicherzustellen (§§ 73 Abs. 2, 75 Abs. 1 SGB V) und den Krankenkassen die ordnungsgemäße Durchführung zu gewährleisten (§ 75 Abs. 1 Satz 1 SGB V). Die KVen bedienen sich zur Erfüllung des Sicherstellungsauftrags[6] im Wesentlichen zugelassener Vertragsärzte und psychologischer Psychotherapeuten, ermächtigter Krankenhausärzte und angestellter Ärzte; zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen, auch wirtschaftlichen Versorgung stehen den KVen (allein oder mit den Krankenkassen) zur Verfügung:

- Wirtschaftlichkeitsprüfung nach § 106 SGB V (zusammen mit den Krankenkassen)
- Abrechnungsprüfungen (§ 106a SGB V)
  - sachlich-rechnerische Überprüfung und evtl. Richtigstellung
  - Überprüfung der zeitlichen Erbringbarkeit abgerechneter Leistungen (Plausibilitätsprüfung)
- Ahndung von Verstößen gegen § 128 SGB V (Verbot von Zuwendungen und Unterhalt von Depots in Praxen)
- Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen (§§ 81a, 197a SGB V).

Die Kontrollmaßnahmen sind unterschiedlich effektiv; sie werden im Folgenden kurz umschrieben und bewertet.

III. Wirtschaftlichkeitsprüfung (§ 106 SGB V)

Zum 01.01.2004 wurde die Wirtschaftlichkeitsprüfung in der Form der Prüfung nach Durchschnittswerten (statistische Vergleichsbetrachtung; offensichtliches Missverhältnis; Praxisbesonderheiten) als Regelprüfmethode durch das GKV-Modernisierungsgesetz (GMG) abgeschafft.[7] Im Vordergrund steht seither die Auffälligkeitsprüfung (sog. Richtgrößenprüfung), bei der zur Steuerung des Leistungsverhaltens der Ärzte rechtzeitig auf Bundesebene vorgegebene, aber regional variierbare Grenzwerte der Arzneimittelverordnung (sog. Richtgrößen) den Ärzten

diesem Sinne auch *Böcher*, Die Enthumanisierung der Medizin, 2010; *Wallach,* Weg mit den Pillen! 2011. Zu den strafrechtlichen Risiken der Rationierung medizinischer Leistungen *Dannecker/Streng,* MedR 2011, 131.

[6] Zum Sicherstellungsauftrag der KVen und ihrer Gewährleistungspflicht s. statt aller *Schiller*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 5 Rdnrn. 105 ff.

[7] Zur Wirtschaftlichkeitsprüfung nach neuem Recht s. *Filler*, GesR 2004, 502.

bekanntgegeben werden müssen. Hinzu kommt die Zufälligkeitsprüfung.[8] Zulässig ist auch ein Vertikalvergleich (Vergleich der Praxiswerte mit den Werten derselben Praxis aus den Vorquartalen).

Die Wirtschaftlichkeitsprüfung war (nach allein 29 Änderungen durch das GMG) organisatorisch durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) zum 01.01.2008 erneut reformiert worden. Es wurden eigene Prüfstellen als gemeinsame Aufgabe von KV und Kassen eingerichtet. Auf unwirtschaftliche Behandlung oder Verordnung können die Prüfgremien mit Beratung, Honorarkürzung und Arzneimittelregress reagieren. Für Fehler, die zu einer sachlich-rechnerischen Richtigstellung berechtigen, besteht in einem begrenzten Umfang eine Annex-Zuständigkeit der Prüfgremien, während für die sachlich-rechnerische Berichtigung ansonsten die KV alleine zuständig ist.

Der Gesetzgeber selbst misst der Wirtschaftlichkeitsprüfung nur eine begrenzte Wirkung bei. Insbesondere die Durchschnittsprüfung habe sich als ineffektiv erwiesen, da vorrangig kleinere Arztgruppen durch kollektive Absprachen die Prüfmöglichkeiten dadurch unterlaufen konnten, dass sie ein bestimmtes Abrechnungsverhalten im Vorhinein verabredeten und damit die Durchschnittswerte hochtrieben, so dass nur noch in extremen Ausnahmefällen die einzelne Praxis als auffällig ausgewiesen werden konnte.

Ungleich wirkungsvoller ist die jetzige Richtgrößenprüfung. Vorzugeben sind vor Jahresbeginn arzt- und praxisbezogene Werte zur Steuerung des Leistungs- und Abrechnungsverhaltens. In der Praxis werden die vereinbarten Richtgrößen mittlerweile zum Teil sogar unterschritten. Überschreitungen dieser Werte können durch sog. Praxisbesonderheiten ausnahmsweise gerechtfertigt werden. Die Kunst ist, realitätsnahe, d.h. bedarfsangemessene Richtgrößen im Vorhinein festzulegen. Für einzelne Arztgruppen gelang dies nicht immer, so dass häufig Schiedsamtsentscheidungen notwendig wurden.

IV. Sachlich-rechnerische Richtigstellung durch die KV (§ 106a Abs. 1 und 2 SGB V)

Eine wesentliche Aufgabe der KVen ist es, die eingereichten Abrechnungsunterlagen des Arztes auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen.[9] Ein Teil der Prüfung erledigt das sog. Regelwerk. Der größere Teil erfordert eine inhaltliche Überprüfung. Zu prüfen ist beispielsweise die Abrechnungsberechtigung des abrechnenden Arz-

[8] Zur Wirtschaftlichkeitsprüfung s. *Schroeder-Printzen*, Wirtschaftlichkeitsprüfung, in: Ratzel/Luxenburger (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 2. Aufl. 2009, § 7 Rdnrn. 833 ff.; *Clemens*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 36 mit weiterführender Literatur und einer Übersicht zur Rechtsprechung des BSG.

[9] Zur Abrechnungsprüfung s. die Kommentierung von *Clemens*, in: Schlegel/Voelzke/Engelmann (Hrsg.), jurisPraxisKommentar, § 106a SGB V mit ausführlicher Rechtsprechungsübersicht; *Clemens/Steinhilper*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), a.a.O., § 35 m.w.N.; *Steinhilper*, Kommentierung zu § 106a SGB V, in: Orlowski u.a. (Hrsg.), GKV-Kommentar, SGB V, 2011.

tes (liegt ein genehmigter Abrechnungsstatus, insbesondere eine Zulassung, vor?) Sind die zur Abrechnung eingereichten Leistungen überhaupt vollständig und nach der Leistungslegende des EBM erbracht? Ist der Ermächtigungskatalog eingehalten? Werden Budgetgrenzen oder Fallzahlgrenzen oder freiwillig vereinbarte Leistungsobergrenzen (z.B. Jobsharing) eingehalten? Werden fachfremde Leistungen abgerechnet? Ist der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringungspflicht eingehalten? Ist bei zulässigen Delegationen das Personal richtig ausgewählt, eingeführt und überwacht? Führt eine genehmigte Assistententätigkeit zu einer übermäßigen Ausdehnung der Praxis? Ist die apparative Ausstattung in der Praxis fehler- oder mangelhaft? Werden Leistungen trotz einschlägiger Regelungen im EBM unzulässigerweise nebeneinander abgerechnet? Sind die Vorgaben für ärztliche Kooperationsgemeinschaften eingehalten (z.B. Gemeinschaftspraxis statt Praxisgemeinschaft; Anstellung statt Berufsausübungsgemeinschaft; sog. Scheingesellschaft[10])?

Der Katalog solcher Fragen ließe sich beliebig erweitern.[11] Stellt die KV Unrichtigkeiten in der Abrechnung fest, ist das Honorar des Arztes quartalsgleich und bei späterer Aufdeckung auch rückwirkend zu korrigieren (Aufhebung des bisherigen Honorarbescheides und Rückforderung überzahlter Honorare). Honorarrückforderungen sind grundsätzlich im zeitlichen Abstand von bis zu vier Jahren nach Bekanntwerden der Auffälligkeit zulässig.[12] Ein Verschulden des Arztes ist nicht erforderlich.

In dem Honoraraufhebungs- und Korrekturbescheid sind die Grundlagen der Schadensberechnung anzugeben. Ist die Abrechnung wenigstens bei einem Teil der Leistungen grob fahrlässig oder vorsätzlich unrichtig, erweist sich also die Sammelerklärung des Arztes als falsch, entfällt deren Garantiefunktion. Die KV kann den Schaden (Umfang der Honorarrückforderung) schätzen. Hält der Arzt die Schätzung für unrichtig, muss er die Fehlerhaftigkeit der Schätzungsgrundlage beweisen.

Die sachlich-rechnerische Richtigstellung ist das wirkungsvollste Instrumentarium der KVen. Die größte Schwierigkeit besteht darin, dass die Ärzte einzelne Gebührenlegenden oft anders verstehen und auslegen als die KV. Solche Ausle-

---

[10] S. zu diesen Fragen u.a. *Scholz* (MedR 2009, 383) in einer Anmerkung zu LSG Niedersachsen-Bremen (ZMGR 2009, 375 = MedR 2009, 497 = GesR 2009, 206).; zu Scheinpartnerschaften und ihren Folgen ausführlich auch *Dahm/Schmidt*, Falschabrechnung (Abrechnungsbetrug), in: Rieger/Dahm/Steinhilper (Hrsg.), HK-AKM, Beitrag 1780, Rdnrn. 41 ff. m.w.N. Bei Gestaltungsmissbrauch hat die KV die Honorarabrechnung sachlich-rechnerisch zu korrigieren und überzahltes Honorar zurückzufordern. Zu den „strafrechtlichen Folgen sog. Scheinpartnerschaften" s. den gleichnamigen Beitrag von *Duttge,* in: Schnapp (Hrsg.), Rechtsfragen der gemeinschaftlichen Berufsausübung von Vertragsärzten, 2002, S. 79 ff. Zu den Anforderungen an eine ärztliche Gemeinschaftspraxis und dem Erfordernis der „freien Tätigkeit" s. neuerdings *BSG* MedR 2011, 298.

[11] Vgl. z.B. die Übersicht bei *Clemens*, a.a.O., Rdnrn. 77 ff. zu bisher gerichtlich entschiedenen Fällen. S. auch die Fallkonstellationen bei *Dahm/Schmidt,* a.a.O., Rdnrn. 23 ff.

[12] Die Frist beginnt ab Zugang des Honorarbescheides (st. Rspr. s. u.a. BSG MedR 2008, 100; BSG 5.5.2010 – B 6 KA 5/09 – Arzneimittelregress). Zu den Einzelheiten beim Fristlauf (einschließlich Fristenhemmung) s. *Clemens,* in: Schlegel/Voelzke/Engelmann (Hrsg.), jurisPraxisKommentar SGB V, § 106a Rdnrn. 52 ff. – Für Honorarrückforderungen nach Ablauf dieser Frist gelten die Bedingungen des § 45 Abs.2 S. 3, Abs. 4 S. 1 SGB X.

gungsdifferenzen führen in der Praxis zu einer Flut von Widersprüchen und anschließenden gerichtlichen Entscheidungen. Ursache dafür sind z.T. auch die oft ungenauen Formulierungen in der Gebührenordnung selbst und den ergänzenden Richtlinien und Verträgen.[13]

V. Plausibilitätsprüfung durch die KV (§ 106a Abs. 1 und 2 SGB V)

Die KVen haben auch die zeitliche Erbringbarkeit ärztlicher Leistungen zu überprüfen (sog. Plausibilitätsprüfung). Diese Prüfung ist Teil der sog. Abrechnungsprüfung. Sie wurde zum 01.01.2004 neu geregelt.[14] Über Tagesprofile wird der für die ärztliche Leistung erforderliche Zeitaufwand je Tag und über sog. Quartalsprofile der Zeitaufwand für das gesamte Quartal erfasst und bewertet. Maßstab sind die im Anhang 3 des EBM festgelegten Prüfzeiten, die sich von den sog. Kalkulationszeiten für die Berechnung des Honorars unterscheiden. Es sind Mindestzeiten in dem Sinne, dass ein „optimaler" Arzt wenigstens diesen Zeitaufwand benötigt. Zu berücksichtigen sind die Zeiten, die der Arzt im unmittelbaren Kontakt zum Patienten benötigt. Für delegierbare Leistungen, Leistungen von angestellten Ärzten, Vertretern und Assistenten gibt es Sonderregelungen.[15] Als unplausibel gelten Abrechnungen, bei denen an mindestens drei Arbeitstagen ein Zeitbedarf von 12 Stunden festgestellt oder im Quartal die Obergrenze von 780 Stunden überschritten wurde.[16] Zu berücksichtigen ist dabei nur der tatsächliche Zeitaufwand für GKV-Leistungen; privatärztliche Leistungen, IGeL-Leistungen und auch Leistungen nach Selektivverträgen (§§ 63, 73b, 73c und 140a SGB V) bleiben außen vor, da sie nicht Teil des Sicherstellungsauftrages der KVen sind.

Waren die abgerechneten Leistungen nach den Obergrenzen der Richtlinien zeitlich nicht erbringbar, ist der bisherige Honorarbescheid des Arztes aufzuheben und sachlich-rechnerisch richtigzustellen. Die Schadensberechnung ist im Korrekturbescheid offen zu legen. Eine Schadenshochrechnung für Folgequartale ist grundsätzlich zulässig.[17] In der Praxis hatten solche Plausibilitätsprüfungen seit der Höherbewertung der Gesprächsleistungen durch den EBM 2005 eine erhebliche

---

[13] Zum Erfordernis der Normenklarheit im Vertragsarztrecht s. u.a. BSG MedR 2005,538 = GesR 2005, 307 im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerfG. Generell zu Bestimmtheitsdefiziten in der Gesetzgebung (speziell im Strafrecht) s. *Kuhlen,* in: Dannecker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 89; *Schneider*, Unberechenbares Strafrecht, in: Schneider (Hrsg.), Festschrift für M. Seebode zum 70. Geburtstag, 2008, S. 331. Zu den Folgen mangelnder Normenklarheit s. auch *Schnapp*, JURA 2011, 422. – Richterrecht kann (Normierungs-)Mängel in der Gesetzgebung nur bedingt ausgleichen; Richter sind keine Ersatzgesetzgeber (s. dazu neuestens überzeugend erneut *Rüthers*, NJW 2011, 434).

[14] Durch das GKV-GMG. Erg. s. die Literaturhinweise in Fußnote 9.

[15] S. insbesondere die Richtlinien der KBV und des Spitzenverbandes der Krankenkassen vom 01.04.2005, i.d.F. zum 01.07.2008 (DÄBl. 2008, S. A-1925).

[16] S. § 8 Abs. 3 der Richtlinien.

[17] LSG NRW, MedR 2010, 63.

Bedeutung. Inzwischen wurden Regelleistungsvolumina (RLV) und qualitätsorientierte Zusatzvolumina (QZV) eingeführt. Leistungen, die diese Obergrenzen überschreiten, werden nur abgestaffelt vergütet. Außerhalb der RLVs und QZVs sind nur wenige Leistungen zeitbewertet noch gesondert abrechenbar.[18]

Bei einer unplausiblen Honorarabrechnung sind die Honorarteile zurückzufordern, die zu Unrecht abgerechnet wurden (§ 12 der Richtlinien). Durch die unplausible Honorarabrechnung hat der Leistungserbringer zugleich gegen vertragsärztliche Pflichten verstoßen. Ist dieser Verstoß verschuldet, kann dies disziplinarrechtlich durch die KV geahndet werden.[19] Bei einer gröblichen Pflichtverletzung kommt ein Verfahren zur Entziehung der Zulassung in Betracht; dies gilt insbesondere bei erheblichem Schaden, besonders dreistem oder kollusivem Tatvorgehen.[20] Gravierende Verstöße bei der Honorarabrechnung können von den Approbationsbehörden (wegen „Unzuverlässigkeit" des Arztes) unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auch mit dem vorläufigen Ruhen oder dem Widerruf der Approbation geahndet werden.[21] Wurden die zeitlich nicht erbringbaren Leistungen absichtlich bei der KV zur Abrechnung eingereicht, so liegt ferner ein Anfangsverdacht für Betrug (§ 263 StGB) objektiv und subjektiv nahe. Hierüber entscheiden allein die Ermittlungsbehörden.

VI. Abrechnungsprüfung durch die Krankenkassen (§ 106a Abs. 3 SGB V)

Inzwischen hat der Gesetzgeber auch die Krankenkassen ausdrücklich verpflichtet, die Abrechnungen der Vertragsärzte unter bestimmten Gesichtspunkten zu überprüfen. Nach § 106a Abs. 3 SGB V ist vor allen Dingen zu prüfen, ob

- und in welchem Umfang eine Leistungspflicht der Krankenkasse besteht
- die für die Behandlung eines Versicherten abgerechneten Leistungen im Hinblick auf die angegebene Diagnose nach Art und Umfang plausibel sind,
- die Zahl der vom Versicherten in Anspruch genommenen Vertragsärzte plausibel ist,

---

[18] Für psychotherapeutische Leistungen gelten RLVs und QZVs nicht; maßgeblich sind hier zeitbezogene Kapazitätsgrenzen auf der Grundlage der Prüfzeiten nach Anhang 3 des EBM.

[19] Zu den Disziplinarverfahren s. *Ehlers* (Hrsg.), Disziplinarrecht und Zulassungsentziehung, 2. Auflage 2012; *Steinhilper*, Disziplinarverfahren der Kassenärztlichen Vereinigungen, in: *Rieger/Dahm/Steinhilper* (Hrsg.), HK-AKM, Beitrag 1485 (Stand: 2011).

[20] Zu den Entziehungsverfahren s. die Kommentare von *Schallen*, Ärzte-ZV, 7. Aufl. 2009, § 27, und *Bäune/Meschke/Rothfuß*, Kommentar zur Ärzte-ZV, 2008, § 27.

[21] Zu diesen Verfahren s. *Braun/Grendel*, MedR 2001, 396.

- der Arzt vom Patienten die sog. Praxisgebühr (Zuzahlung nach § 28 Abs. 4 SGB V) ordnungsgemäß erhoben hat.[22]

Die formale Prüfung der Zuzahlungen erscheint einfach; Auffälligkeiten werden nur selten festgestellt. In der Praxis nahezu undurchführbar ist ein *inhaltlicher* Vergleich der ärztlichen Diagnose mit den abgerechneten Behandlungskosten. Den Krankenkassen fehlt hierzu eine verlässliche Datenbasis. Überprüfbar sind am ehesten formelle Widersprüche.

VII. Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten (§§ 81a, 197a SGB V)

Der Gesetzgeber verpflichtet sowohl die KVen/KBV als auch die Krankenkassen/Pflegekassen und ihre Verbände, *„Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen"*[23] einzurichten (§§ 81a, 197a SGB V).[24] Erforderlich sind *„verselbständigte"*, d.h. weisungsungebundene Prüfungsstellen. Auch externe Mitarbeiter können diese Aufgaben übernehmen.

Gegenstand dieser Stellen ist die Überprüfung von „*Unregelmäßigkeiten*", soweit sie „*glaubhaft erscheinen*" (Abs. 2). Gemeint sind damit strafbare Handlungen.[25] In Betracht kommen insbesondere Abrechnungsbetrug (§ 263 StGB), Untreue (§ 266 StGB) und neuerdings auch Bestechung und Bestechlichkeit (§ 299 StGB), wenn der Vertragsarzt Beauftragter der Krankenkassen i.S. dieser Vorschrift ist;[26] der 3. und der 5. Strafsenat des BGH[27] haben diese Frage in Revisionsverfahren dem

[22] Weitere Einzelheiten sind in den Richtlinien zur Abrechnungsprüfung in den §§ 13 bis 21 geregelt.

[23] Zu diesen Einrichtungen siehe u.a. *Ellbogen*, MedR 2006, 457; *Giring*, Zur Notwendigkeit rechtsstaatlicher Begrenzungen der Unterrichtungspflicht Kassenärztlicher Vereinigungen und Krankenkassen nach §§ 81a, 197a SGB V, in: Jung (Hrsg.), Festschrift für Egon Müller, 2008, S. 199; *Köhler*, Verwaltungspraxis 2009, 391; *Müller*, in: Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht (Hrsg.), Medizinrecht heute (FS 10 Jahre AG Medizinrecht im DAV); 2008, S. 893; *Steinhilper*, ZMGR 2010, 152.- Kritisch zu diesen Einrichtungen die Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 10.2.2011 (BT-Drs. 17/4752) mit der Antwort der Bundesregierung vom 28.2.2011 (BT-Drs. 17/4943).

[24] Für Krankenhäuser besteht diese gesetzliche Verpflichtung nicht. Auch dort sind aber Abrechnungsbetrug und andere Straftaten festzustellen. Näher zu diesem Deliktsbereich s. *Kölbel/Waibel/Dirschedl/Sulkiewicz*, GesR 2011, 129; *Kölbel*, NStZ 2009, 312; *Kölbel*, Unternehmensdelinquenz im Gesundheitswesen, in: Bannenberg/Jehle (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität 2010, S. 221, jeweils m.w.N. ; s. auch DÄBl. 2011, S. A-1514 und die Presseerklärung des GKV-Spitzenverbandes vom 18.8. 2011; Schaden angeblich 1,5 Milliard. EUR.

[25] Dies ist aus Abs. 4 der Vorschriften abzuleiten und h.M.; s. *Köhler*, a.a.O., S. 418; *Steinhilper,* a.a.O., S. 153; *Giring*, a.a.O., S. 201.

[26] U.a. nach Auffassung des LG Hamburg GesR 2011, 164; LG Stade GuP 2011, 38 (s. dazu die Vorlagebeschlüsse in Fußnote 27); OLG Braunschweig MedR 2010, 499 (m. abl. Anm. *Steinhilper,* S. 497) = GesR 2010, 250; dieser Rspr. zustimmend u.a. *Dannecker,* GesR 2010, 281 m.w.N. – A.A. insbesondere *Taschke,* StV 2004, 422; *Schmidt,* NStZ 2010, 393; *Sobotta*, GesR 2010, 471; *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), § 153, Rdnrn. 114 ff.; *Wostry*, JR 2011, 163. Zum Meinungsstand sehr übersichtlich *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, 2011, S. 293 ff m.w.N.

[27] Beschluss vom 5.5.2011 – 3 StR 458/10 – und Beschluss vom 20.7.2011 – 5 StR 115/11.

Großen Senat zur Entscheidung vorgelegt mit der zusätzlichen Frage, ob in diesen Fällen auch die §§ 331 ff. StGB[28] einschlägig sind.

Zu prüfen ist, ob Finanzmittel der KVen bzw. der Krankenkassen „*zweckwidrig*" oder „*rechtswidrig*" genutzt wurden. Der Begriff „*zweckwidrig*" ist nicht näher erläutert; er ist nicht justitiabel. Die Prüfung beschränkt sich mithin in der Praxis auf die Frage der *rechtswidrigen* Nutzung von Versichertenbeiträgen.[29]

Die Bekämpfungsstellen dürfen nach dem Gesetz nur auf Hinweise Dritter initiativ werden; eine proaktive Ermittlungstätigkeit (massenstatistische Durchdringung der jeweiligen Organisationseinheit, um Auffälligkeiten und/oder einen Anfangsverdacht zu finden) ist nach h.M.[30] unzulässig.[31] Auch anonymen Hinweisen ist nachzugehen, sofern sie hinreichend konkret sind. Besonders substantiell sind (auch anonyme) Sachverhaltsschilderungen von gekündigten Arzthelferinnen, geschiedenen Ehefrauen, aber auch informierten Kollegen aus dem näheren Umfeld.

Die Stellen sind nach dem Gesetz zur Zusammenarbeit verpflichtet. Nach der Gesetzesbegründung ist der Austausch personenbezogener Daten indessen unzulässig.[32] Dies beeinträchtigt die Effektivität der Bekämpfungsstellen im konkreten Einzelfall. Aus datenschutzrechtlichen Gründen bedarf es jedoch zum Austausch geschützter Sozialdaten einer gesetzlichen Grundlage. Das BMG sieht gegenwärtig keine Veranlassung zu einer Gesetzesänderung.

Die Bekämpfungsstellen haben ihre Vorstände über Auffälligkeiten zu unterrichten. Die jeweiligen Vorstände müssen sodann eigenverantwortlich prüfen, ob aus ihrer Sicht ein Anfangsverdacht für eine strafbare Handlung bestehen „*könnte*". Es handelt sich um eine Ermessensentscheidung mit mehreren Unsicherheiten. Anzeigepflichtig sind nur Straftaten, die „*nicht nur geringfügige*" Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung haben. Dies ist nicht nur an der Höhe des Schadens festzumachen, sondern auch von der Dauer der Straftat und ihrer Begehungsweise abhängig (z.B. kollusives Zusammenwirken).[33] Das Wort „*sollen*" deu-

---

[28] Vertragsärzte sind keine Amtsträger i.S. des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB nach Auffassung von *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, ZMGR 2011, 123; *Geis*, wistra 2007, 361 (364); *Taschke*, StV 2005, 406 (409); *Klötzer*, NStZ 2008, 12 (16); *Schneider*, in: Boemke/Schneider (Hrsg.), Korruptionsprävention im Gesundheitswesen, 2011, S. 55 m.w.N. – A.A. u.a. *Neupert*, NJW 2006, 2811 und 3. sowie 5. Strafsenat des BGH (s. dazu die Vorlagebeschlüsse an den Großen Senat des BGH, Fußnote 27). Zum Meinungsstand in der Literatur s. *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, 2011, 245 ff. – Zur Frage der Amtsträgereigenschaft generell s. *Bernsmann*, StV 2003, 521, zu der des Vorstandes einer Krankenkasse s. *Rust/Wostry*, MedR 2009, 319 m.w.N.

[29] Zu diesen zählen nicht die Haushaltsgelder einer KV oder der KBV und deren Verwendung; diese unterliegen einer gesonderten Prüfung (s. dazu *Steinhilper*, Kommentierung zu § 81a SGB V, in: Orlowski u.a. (Hrsg.), GKV-Kommentar SGB V, Stand: 2011; Rn. 10).

[30] *Steinhilper*, MedR 2005, 132; *ders.*, ZMGR 2010, 154 und ZMGR 2011, 70; *Köhler,* a.a.O., S. 419; *Ellbogen*, MedR 2006, 457; *Kerber*, a.a.O., S. 78. A.A.: *Schrodi*, ZMGR 2011, 66.

[31] Vgl. den Gesetzestext: „*nachgehen*" (Abs. 4).

[32] S. *Rixen*, a.a.O., S. 133; *Steinhilper*, ZMGR 2011, 70. I.d.S. auch die Auffassung der KBV, des BMG und des Gesetzgebers.

[33] Z.T. wird für eine feste Schadensgrenze (z.B. 50,- €) plädiert. Dies würde die Staatsanwälte z.T. überfordern; im Übrigen reichen in solchen Fällen sicherlich auch KV-interne Verfahren und Verfah-

tet ebenfalls darauf hin, dass bei der Anzeigepflicht ein Ermessen unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auszuüben ist. Zu unterrichten sind die Ermittlungsbehörden „*unverzüglich*“. Dies kann nicht bedeuten, dass schon bei jeder bloßen Vermutung anzuzeigen ist und Unterlagen weiterzugeben sind. Andererseits müssen die Bekämpfungsstellen auch nicht wie Ermittlungsorgane durch Zeugenvernehmung, Gutachten, rechtliches Gehör etc. einen Anfangsverdacht i.S. der StPO zu Ende prüfen und dokumentieren. Ob ein solcher Anfangsverdacht tatsächlich besteht oder nicht, hat die Staatsanwaltschaft in eigener Verantwortung abschließend zu entscheiden. Sie ist an die Bewertung der KV nicht gebunden.

Das Gesetz sieht alle zwei Jahre Berichtspflichten vor: der Bekämpfungsstelle an den Vorstand der KV; dieser berichtet der Vertreterversammlung; der Bericht ist dem Aufsichtsministerium zuzuleiten (Abs. 5); dieses berichtet dem BMJ, dieses an den Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages. Die bisherigen Berichte an das BMG, auch die der Krankenkassen zu den Stellen nach § 197a SGB V[34], sind mangels gesetzlicher Vorgabe in ihrer Ausgestaltung sehr unterschiedlich und nach Auffassung des BMG wenig aussagekräftig; insbesondere die Angaben zur Schadenshöhe seien nicht verallgemeinerungsfähig.[35] Wie weit die Bekämpfungsstellen daher zur rascheren Aufklärung von Straftaten im Gesundheitswesen oder zu deren Verhinderung beigetragen haben, ist gegenwärtig nicht verlässlich messbar. Die Bekämpfungsstellen bei den KVen setzen in anderer Organisationsform das fort, was diese über den Vorstand (nach rechtlicher Beratung durch die Rechtsabteilung) bisher ohnehin schon getan haben: in besonders gravierenden Fällen, insbesondere des Abrechnungsbetruges, haben die KVen schon seit jeher die Ermittlungsbehörden eingeschaltet, und zwar im Interesse der korrekt abrechnenden Mitglieder der KVen. Zu Unrecht erlangte Honorare schädigen nämlich insbesondere anteilsmäßig alle übrigen Leistungserbringer, da die Gesamtvergütung von den Krankenkassen an die KVen mit befreiender Wirkung gezahlt wird.

Die KBV bezeichnet die Bekämpfungsstellen als „Auffangeinrichtung für Beschwerden mit finanzrelevantem Inhalt, die in keine andere Prüfzuständigkeit fal-

---

ren der gemeinsamen Selbstverwaltung. Auch das BMG hält eine Gesetzesinitiative dazu gegenwärtig für entbehrlich.

[34] Seit 1.1.2004 haben die Vorstände der Kranken- und Pflegekassen alle zwei Jahre ihrer zuständigen Aufsichtsbehörde zu berichten. Nach dem Gesetz müssen diese Berichte zentral nicht zusammengeführt werden. Seit 1.7.2008 hatte der GKV-Spitzenverband Bund eine Bekämpfungsstelle einzurichten (GKV-WSG). Er hat zum Zeitraum 1.7. 2008 bis Ende 2009 einen Bericht an das BMG vorgelegt. Die Nachfolgeeinrichtungen der bisherigen Spitzenverbände der Krankenkassen unterstehen nicht mehr der Aufsicht des BMG; sie haben ihm daher nicht mehr zu berichten.

[35] Berichte des BMG an den Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages vom 7.5.2007 und 24.6.2008. Wenig aussagekräftig auch der Bericht des BMG zur Arbeit der Stellen nach § 197a SGB V in den Jahren 2008/2009 vom 24.5.2011. Wenig Konkretes (z.B. zu Art und Umfang der Kriminalität, der Schadenhöhe, weiteren Plänen des Gesetzgebers) ist auch der Antwort der Bundesregierung vom 28.2.2011 auf eine Kleine Anfrage (BT-Drs. 17/4752) zu den Bekämpfungsstellen zu entnehmen (BT-Drs. 17/4943).

len" (Berichte vom 05.11.2008 und 21.12.2010). *Rixen*[36] charakterisiert die Stellen als „de facto Hilfsorgane der Staatsanwaltschaft". An anderer Stelle werden sie als „politische Drohkulisse mit systematisch unklaren Folgen" beschrieben.[37] *Müller*[38] hält die Regelung „in jeder Hinsicht (für) missglückt": „Sie wird daher praktisch leer laufen".[39] Staatsanwälte und Krankenkassen befürworten demgegenüber die Einrichtung der Bekämpfungsstellen.[40]

VIII. Verbot von Geldzuwendungen und Unterhalt von Depots (§ 128 SGB V)

Die MBO-Ä verbietet zur Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit in der Zusammenarbeit mit Dritten bestimmte Kooperationsformen zwischen Vertragsärzten und z.B. Krankenhäusern, Pharmaherstellern, Apotheken etc. Auch straf-, vertragsarzt- und wettbewerbsrechtliche Vorschriften stehen dem entgegen. Verboten sind insbesondere die Annahme geldwerter Leistungen für die bevorzugte Verordnung von Medikamenten, Verbandsmitteln und Hilfsmitteln.[41]

Diese Regelungen schienen dem Gesetzgeber nicht auszureichen. Im Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der GKV 2008 (GKV-OrgWG) wurde die entgeltliche Zusammenarbeit zwischen Vertragsärzten und Leistungserbringern zusätzlich geregelt und die Regelung zum 23.07.2009 auf die Arzneimittelversorgung ausgedehnt (§ 128 SGB V).[42] Danach ist es Leistungserbringern in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung verboten, Hilfsmittel aus eigenen Depots abzugeben (Abs. 1). Ausnahmen für die Notfallversorgung sind zulässig. § 128 Abs. 2 S. 1 SGB V verbietet die Zuwendung an Vertragsärzte, soweit sie sich an der Hilfsmittelversorgung beteiligen oder Hilfsmittel verordnen. Etwas anderes gilt nur, wenn die Hilfsmittelversorgung durch Vertragsärzte mit den Krankenkassen vertraglich geregelt ist (§ 128 Abs. 4 und 5 SGB V). Verboten ist auch die gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines Arztes an Unternehmen aus dem Gesundheitsbereich. Die Krankenkassen sind verpflichtet, Verstöße gegen diese Verbote je nach Schwere der Verfehlung zu ahnden (durch Vertragsstrafen

---

[36] *Rixen*, a.a.O., S. 132.

[37] *Schirmer*, Vertragsarztrecht kompakt, 2005, S. 513.

[38] In: Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht (Hrsg.), Medizinrecht heute (Festschrift 10 Jahre AG Medizinrecht im DAV), 2008, S. 893 (903).

[39] Gegen die Stellen werden auch verfassungsrechtliche Bedenken und praktische Einwände erhoben; s. die Nachweise bei *Steinhilper*, Kommentierung zu § 81a SGB V, a.a.O., Rn. 39.

[40] *Ellbogen*, MedR 2006, 457; *Mühlhausen*, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), a.a.O., S. 91. S. auch *Schrodi*, ZMGR 2011, 66 (dagegen *Steinhilpe*r, ebenda S. 69).

[41] In der Rechtsprechung hat sich der Begriff „verkürzter Versorgungsweg" eingebürgert; s. dazu *Ratzel*, GesR 2008, 623. Aus der Rechtsprechung u.a. BGH MedR 2001, 2003 und MedR 2002, 256; ferner BGH MedR 2005, 717. S.a. OLG Celle MedR 2007, 435.

[42] Zum Depot- und Zuweisungsverbot nach § 128 SGB V s. *Luthe*, MedR 2011, 404; *Kaufmann/Voland*, NZS 2011, 281; zum Depotverbot s. auch *Flasbarth*, MedR 2009, 708.

oder einen befristeten Ausschluss von der Versorgung) und den Ärztekammern zu melden.[43]

Der Gesetzgeber verspricht sich durch diese Wiederholung und Präzisierung gesetzlicher Verbote eine Abschreckung. Messergebnisse dazu liegen nicht vor. Langfristig wird sich die bisherige Zuwendungspraxis sicherlich ändern. Umgehungsstrategien sind indessen auch künftig nicht ganz auszuschließen.[44]

Der Kabinettsentwurf vom 03.08.2011 zu einem Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-VStG) weitet in § 128 Abs. 5b SGB V den Anwendungsbereich des Zuwendungsverbots auf Heilmittel aus, konkretisiert, was „unzulässige Zuwendungen" sind (Abs. 2 Satz 3), kennzeichnet das Drängen von GKV-Versicherter zu privatärztlichen Leistungen durch den Arzt als vertragsärztliche Pflichtverletzung (Abs. 5a) und sieht bei Verstößen gegen die Verbote aus § 128 SGB V auch eine Unterrichtungspflicht gegenüber der KV vor (Abs. 5, letzter Satz). In § 73 Abs. 7 SGB V normiert das GKV-VStG zudem das ausdrückliche Verbot, sich für die Zuweisung von Patienten gegen Entgelt oder sonstige wirtschaftliche Vorteile versprechen oder gewähren zu lassen. Ergänzend erklärt § 33 Abs. 2 Ärzte-ZV Berufsausübungsgemeinschaften bei unzulässiger Zusammenarbeit zwischen Vertragsärzten und Dritten für rechtswidrig. Als unzulässig gilt insbesondere eine leistungsunabhängige Gewinnverteilung (Verstoß gegen § 73 Abs. 7 SGB V).

IX. Clearingstellen zur juristischen Vorprüfung von Verträgen

Die Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung und den Krankenhäusern gestaltet sich in der Praxis äußerst vielfältig. Die Verträge dazu regeln auch Art und Umfang der finanziellen Zuwendungen des Krankenhauses an den Arzt. Vielfach verstoßen diese geldwerten Leistungen gegen Berufs- oder Vertragsarztrecht (z.B. Zuwendungen des Krankenhauses an den Arzt für dessen Bevorzugung des Krankenhauses bei der stationären Einweisung von Patienten), da ihnen keine gleichwerte Leistung gegenübersteht. Bundesärztekammer, Deutsche Krankenhausgesellschaft und Kassenärztliche Bundesvereinigung sahen sich angesichts der zahlreichen Verstöße gegen Gesetz und Recht veranlasst, Landesärztekammern, Landeskrankenhausgesellschaften und Kassenärztlichen Vereinigungen zu empfehlen, sog. Clearingstellen einzurichten. Sie sollen im Vorfeld auf Anfrage die rechtliche Zulässigkeit[45] von Absprachen und Kooperationsverträgen zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäu-

[43] Nach dem Kabinettsentwurf des GKV-VStG soll diese Meldepflicht zum 1.1.2012 auf die KVen ausgedehnt werden. Zur „strafrechtlichen Relevanz von ´Kopfprämien` und Zuweisungen gegen Entgelt" s. den gleichnamigen Beitrag von *Lindemann*, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 9.

[44] Der BGH hat für beratende Anwälte allerdings ein hohes Haftungsrisiko bei mangelhafter Aufklärung formuliert (s. BGH MedR 2007, 354; kritisch dazu *Steinhilper/Schiller,* MedR 2007, 418). -

[45] Prüfmaßstab: Berufs-, Vertragsarzt-, Wettbewerbs-, Krankenhaus- und auch Strafrecht.

sern bei der Patientenversorgung beurteilen (gemeinsame Empfehlung vom 15.10.2009[46]). Auch die nachträgliche Prüfung schon abgeschlossener Verträge ist möglich. Bei der Prüfung von Absprachen und Verträgen orientieren sich die Clearingstellen an bundeseinheitlichen Leitlinien.

Grundvorstellung ist, die Patientenversorgung könnte verbessert werden, indem ambulanter und stationärer Bereich organisatorisch, wirtschaftlich und auch rechtlich verknüpft werden. Bei der sektorenübergreifenden Zusammenarbeit sei jedoch darauf zu achten, dass allen Zahlungen auch gleichwertige ärztliche Leistungen gegenüber stehen. Anderenfalls handele es sich um unerlaubte Provisionen für die Zuweisung von Patienten etc. Vertragliche Regelungen zur Zusammenarbeit dürfen keine Scheingeschäfte sein.

Die Clearingstellen auf Länderebene sollen also dem bisherigen Missbrauch vorbeugen. Die Stellen werden organisatorisch durch die Ärztekammer unterstützt. Bisher wurden – soweit bekannt – nur wenige Clearingstellen gebildet (Bremen; Bayern – seit 1.12.2010; Schleswig-Holstein seit 1.2.2011).

X. Folgeverfahren nach ärztlichem Abrechnungsbetrug[47]

Die Mitglieder einer KV unterstehen deren Disziplinarhoheit[48]. Rechnet ein Leistungserbringer in der ambulanten, vertragsärztlichen Versorgung falsch ab, verstößt er damit zugleich gegen vertragsärztliche Pflichten. Dies kann disziplinarrechtlich geahndet werden, und zwar je nach Schwere mit Verweis, Verwarnung, Geldbuße oder vorübergehendem Ruhen der Zulassung (maximal zwei Jahre). Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist dabei zu beachten.

Bei einer gröblichen Pflichtverletzung (höherer Schaden, längere Dauer des Abrechnungsbetruges, Begehungsweise etc.) kommen auch Entziehung der Zulassung oder Widerruf der (Ermächtigungs-)Genehmigung in Betracht[49]. Ein Verschulden ist dafür nicht erforderlich.

Abrechnungsbetrug verstößt darüber hinaus gegen ärztliches Berufsrecht. Die Heilberufsgesetze der Länder sehen dafür entsprechende Verfahren zum Entzug oder Ruhen der Approbation vor[50].

---

[46] Abgedruckt in: Bayerisches Ärzteblatt 2011, 115 f.

[47] Zum Abrechnungsbetrug im Gesundheitswesen s. u.a. *Badle*, NJW 2008, 1028; *Dahm/Schmidt*, Falschabrechnungen (Abrechnungsbetrug), in: *Rieger/Dahm/Steinhilper* (Hrsg.), a.a.O., Beitrag 1780; *Ulsenheimer*, Abrechnungsbetrug, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), a.a.O., § 151; *Schroth/Joost*, Strafbares Verhalten bei der ärztlichen Abrechnung, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 179 ff.; *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, 2011, S. 113 ff., jeweils m.w.N.

[48] Zu den Disziplinarverfahren der KVen s. *Ehlers* (Hrsg.), Disziplinarverfahren und Zulassungsentziehung, 2. Aufl. 2012; *Steinhilper*, Disziplinarverfahren der Kassenärztlichen Vereinigungen, in: Rieger/Dahm/Steinhilper (Hrsg.), HK-AKM, Beitrag 1485 (Stand: 2011).

[49] Grundlage: § 95 SGBV. Zu diesen Verfahren s. *Ehlers* (Hrsg.), a.a.O.

[50] Zu Widerruf und Ruhen der Approbation s. die Rechtsprechungsübersicht bei *Stollmann*, MedR 2010, 682 und *Rehborn*, GesR 2004, 170.

Ärztlicher Abrechnungsbetrug und andere strafbare Handlungen fallen zudem in die Zuständigkeit der Ermittlungsbehörden. Unter bestimmten Voraussetzungen sind die KVen und die Krankenkassen zur Unterrichtung der Staatsanwaltschaft verpflichtet (§§ 81a, 197a SGB V)[51]. Die Ermittlungsbehörden haben dabei eigenständig zu prüfen, ob im Einzelfall ein Anfangsverdacht i.S.v. § 152 Abs. 2 StPO wegen Abrechnungsbetruges (§ 263 StGB), Untreue (§ 266 StGB) oder neuerdings evtl. auch Bestechung und Bestechlichkeit (§ 299 StGB) und schließlich §§ 331 ff. StGB[52] besteht.

XI. Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft

Unterrichten die KVen die Ermittlungsbehörden über anzeigepflichtige strafbare Handlungen ihrer Mitglieder, sind sie nach § 81a SGB V i.V.m. § 69 SGB X berechtigt und verpflichtet, auch die erforderlichen personenbezogenen Sozialdaten zu übermitteln. Ergänzende Auskunftsersuchen der StA an die KV sind ebenfalls durch § 69 SGB V gedeckt. Eines förmlichen Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses durch das Gericht bedarf es in der Praxis in der Regel nicht; KVen und Ermittlungsbehörden haben insoweit meist eine entsprechende Vereinbarung zur Zusammenarbeit getroffen.

Mitarbeiter der KVen und Krankenkassen sind keine „Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft“. Sie dürfen auch nicht als private Ermittlungshelfer beauftragt werden. Bedenken bestehen auch dagegen, sie als Sachverständige i.S. der StPO einzusetzen. Sie sind für die KV tätig, die durch die Straftat des Arztes geschädigt sein kann. Der von der Staatsanwaltschaft beauftragte KV-Mitarbeiter könnte mithin in einem Interessenkonflikt stehen. Er setzt sich damit der Ablehnung wegen Befangenheit aus. KV-Mitarbeiter sind auch nur ausnahmsweise sachverständige Zeugen. Sie können allenfalls zu erklärenden Auskünften befragt werden. Es ist rechtlich auch bedenklich, KV-Mitarbeiter aufgrund ihrer Spezialkenntnisse systematisch für Auswertungsarbeiten (insbesondere von EDV-Unterlagen) einzusetzen. Hierzu bedarf es eigener, fachkundiger Mitarbeiter bei den Polizeibehörden oder Staatsanwaltschaften.[53]

In der Praxis haben sich häufig persönliche Kontakte zwischen Mitarbeitern der KV (insbesondere aus der Rechtsabteilung) und den Ermittlungsbehörden herausgebildet, so dass regelmäßig oder fallbezogen Erfahrungen ausgetauscht werden. KV-Mitarbeiter können dabei Kenntnisse über das komplizierte Abrech-

[51] Kritisch zur Anzeigepflicht u.a. *Giring*, a.a.O., S. 211; *Müller,* a.a.O., S. 902 f. S. auch die Nachweise in Fn 23.

[52] S. dazu oben die Hinweise in den Fußnoten 26-28.

[53] Zu den Grenzen der Inanspruchnahme von Mitarbeitern der KVen und Krankenkassen durch die Ermittlungsbehörden in Verfahren gegen Ärzte s. *Dann*, ZMGR 2010, 286 m.w.N. Erg. s. *Dorn*, in: Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht (Hrsg.), Medizinrecht heute (FS 10 Jahre AG Medizinrecht im DAV), 2008, S. 877.

nungssystem in der vertragsärztlichen Versorgung[54] übermitteln und Auskünfte zu Detailfragen geben. Umgekehrt kann die KV auf diesem Wege erkennen, welche Informationen die Ermittlungsbehörden benötigen, um einen Fall effektiv bis zur Entscheidung (Verfahrenseinstellung oder Anklage) weiter bearbeiten zu können. Als sehr effektiv haben sich Sondereinheiten bei den Polizeibehörden und Schwerpunktstaatsanwaltschaften erwiesen.[55]

[54] *Schüffner/Schnall* sprechen von der „Hypertrophie des ärztlichen Sozialrechts" (Berlin 2009) und monieren Verfassungsverstöße im Sozialrecht.

[55] So auch der Bericht des BMG an den Gesundheitsausschuss des Dt. Bundestages vom 24.05.2011 und die Antwort der Bundesregierung (BT-Drs. 17/4943) vom 28.2.2011 auf eine Kleine Anfrage.

Korruptionsprävention im Gesundheitssystem durch Selbstkontrolle der Wirtschaft?

Ralf Kölbel

I. Einleitung

Ereignisse im medizinischen Feld sind vielfach ein Teil des Wirtschaftssystems. Medizinische Kommunikation wird von Transaktionen überlagert, die der Logik von „Gewinn und Verlust" gehorchen und in der ökonomischen Sprache von „Haben und Soll", von „Erlösen und Kosten" verlaufen. Es kann deshalb nur wenig erstaunen, dass sich auch solche Unternehmensaktivitäten, die nach den Kriterien des Rechtssystems als problematisch oder gar unerlaubt gelten, im medizinischen Kontext ebenso wie in anderen Wirtschaftsbereichen ereignen. Korruption bietet dafür ein besonders typisches Beispiel, weshalb sie die Themen des vorliegenden Bandes nicht zufällig dominiert.

Angesichts solcher Beobachtungen wird mit Vorliebe ausgerechnet dem Strafrecht die Frage gestellt, wie man die fraglichen Vorgänge eindämmen kann. Dass damit der richtige Adressat gewählt worden ist, lässt sich freilich mit guten Gründen bezweifeln. Es spricht nämlich manches dafür, dass die Implementierungsprobleme des Wirtschaftsstrafrechts nahezu unhintergehbar oder jedenfalls strukturell bedingt sind[1] und dass sich dies speziell beim Korruptionsstrafrecht nicht

---

[1] Vgl. dazu *Kölbel, R.*, Wirtschaftskriminalität und unternehmensinterne Strafrechtsdurchsetzung, in: MschrKrim 91 (2008a), S. 22-37; *Kölbel, R.*, „Cultural lag" und Normevolution, in: Kodalle, K.-M. & Rosa, H. (Hrsg.), Rasender Stillstand, Würzburg 2008b, S. 69 – 86.

anders verhält.[2] Dennoch will sich der vorliegende Beitrag mit Fragen der Deliktsverhinderung befassen. Allerdings wird es im Anschluss nicht darum gehen, die kriminalpolitischen Interventionsvorschläge, die mit Blick auf die Korruption im Allgemeinen[3] und hinsichtlich der Korruption des Gesundheitssystems im Besonderen[4] bislang formuliert worden sind, umfassend zu prüfen. Vielmehr konzentrieren sich die nachstehenden Überlegungen auf eine bemerkenswerte aktuelle Entwicklung, nämlich die strafrechtliche Aktivierung, Unterstützung und Indienstnahme von Prozessen der wirtschaftseigenen Selbststeuerung. Die Strafrechtswissenschaft sieht dem geradezu mit kriminalpolitischem Enthusiasmus entgegen – wohingegen der folgende Beitrag etwas Wasser in den Wein gießen soll.

II. Korruption im Gesundheitssystem: Das Beispiel Pharmamarketing

1. Das phänomenologische Feld

Im ersten Schritt wird es jedoch erst einmal darum gehen, das phänomenologische Feld zu erschließen. Hierfür eignet sich ein kriminologischer Korruptionsbegriff eher als eine vorschnelle Orientierung an der strafrechtlichen Definition. Während diese durch normtextliche Interpretationen konturiert wird und somit immer nur einen Ausschnitt der einschlägigen, untersuchungswürdigen Realverläufe abdecken kann, bezieht sich ein weiter gefasstes, empirisches Korruptionskonzept („illegal use of power for personal gain")[5] auf alle Sachverhalte, die gekennzeichnet sind durch einen Missbrauch von Einfluss und Entscheidungsmacht auf der Seite des

[2] Zu Durchsetzungsproblemen, mit denen das strafrechtliche Verbot bei der Korruption als einem Heimlichkeitsdelikt ohne direkte Opferbeteiligung konfrontiert ist, vgl. stellvertretend *Bannenberg, B.*, Korruption, in: Schneider, H. J. (Hrsg.): Internationales Handbuch der Kriminologie. Bd. 2, Berlin 2009, S. 359 – 383. Dementsprechend ist die Verbreitung von Korruptionsdelikten erheblich, bei einem freilich eher übersichtlichen Hellfeld (vgl. dazu den Zweiten Periodischen Sicherheitsbericht, Berlin 2006, S. 251 ff. sowie die jährlichen Bundeslagebilder Korruption des BKA). Zum Dunkelfeld, das als beträchtlich vermutet wird, vgl. zusammenfassend *Bannenberg, B.* (a.a.O.), S. 371 ff.; einschlägige Anhaltspunkte für unentdeckte Korruption speziell im Gesundheitssystem bei *PricewaterhouseCoopers*, Kriminalität im öffentlichen Sektor, Frankfurt/M. 2010, S. 15 f.

[3] Vgl. etwa die Vorschläge im Zweiten Periodischen Sicherheitsbericht (Fn. 2), S. 258 ff. sowie bei *Dölling, D.* (Hrsg.): Handbuch der Korruptionsprävention, München 2007.

[4] Vgl. die Anregungen bei *Gaßner, M./Klass, A.*, Korruptionsfalle Gesundheitswesen, Frankfurt/M. 2003, S. 52 ff.; Transparency International, Transparenzmängel, Korruption und Betrug im deutschen Gesundheitswesen, Berlin 2008, S. 43 ff.; *Spelsberg, A. u.a.*, Is disclosure of potential conflicts of interest in medicine and public health sufficient to increase transparancy and decrease corruption?, in: Journal of Epidemiology and Community Health 63 (2009), S. 603 – 605; *Gaßner, M.*, Korruption im Gesundheitswesen, in: Arnim, H. H. von (Hrsg.): Korruption und Korruptionsbekämpfung, Berlin 2007, S. 59 – 80, 73 ff.; speziell im Pharmabereich *Cohen, J. C. u.a.*, Corruption and Pharmaceuticals, in: Campos, J. E./Pradhan, S. (Hrsg.): The Many Faces of Corruption, Washington 2007, S. 29 – 62.

[5] Dazu und zum Folgenden – gleichsam stellvertretend für die Vielfalt an konzeptionellen Bestimmungsversuchen – etwa *Zimring, F. E./Johnson, D. T.*, On the Comparative Study of Corruption, in: British Journal of Criminology 45 (2005), S. 793 – 809.

Nehmers, der dies in eine Tauschbeziehung mit dem Geber einbringt – diesen nämlich in der Regel im Gegenzug für einen irregulär gewährten Vorteil (meist) sachwidrig bevorzugt. Insofern stehen im deutschen Gesundheitssystem, legt man die bisherigen Diskussionen zugrunde, zwei Grundkonstellationen im Vordergrund:[6]

Die erste Variante ergibt sich im Zusammenhang mit betrieblichen Auftragsvergaben und ist im Grunde bereits aus anderen gesellschaftlichen Bereichen bekannt.[7] Bei dieser Korruptionsform wird der Geber durch einen kooperierenden („bestochenen") Mitarbeiter eines Gesundheitsunternehmens oder einer öffentlichen medizinischen Einrichtung bevorzugt. Beispiele bieten die Leistungen, welche die Medizingeräte- und Medizinproduktehersteller den Entscheidungsträgern in Krankenhäusern für die Anschaffung ihrer Erzeugnisse erbringen (sei es durch Geldzahlung oder verdeckt in Form von Sachleistungen oder Beraterverträgen). Ferner zählt hierzu das Sponsoring der klinischen Forschung, wenn es mit einer Auftragsvergabe an das betreffende Unternehmen verknüpft wird (auch bei verdeckter Vorteilsgewährung durch Spenden an Fördervereine oder durch Geräteüberlassung und Beauftragung von sog. Marketingstudien). Dagegen besteht die zweite Grundkonstellation, die sich eher durch die Besonderheiten des Gesundheitssystems ergibt, gewissermaßen in der Vergütung einer Patientenzuführung. Hier wird der Nehmer von der Geberseite dafür belohnt, dass er für die Abnahme gerade ihrer medizinischen Dienst- oder Sachleistung durch die zu behandelnden Personen sorgt. So stehen etwa die offenen oder verdeckten Zuweiserprämien, die niedergelassene Ärzte von Kliniken, Laboren, Sanitätshäusern oder Gesundheitshandwerkern für die Zuleitung von „Fällen" erhalten, exemplarisch für diesen Bereich.[8]

---

[6] Natürlich gibt es im Gesundheitssystem weitere Varianten, beispielsweise die Korruption im Zusammenhang mit behördlichen oder ähnlichen Genehmigungen (etwa bei der Zulassung von Arzneimitteln oder der Zulassung als Leistungserbringer oder bei Abschluss von Direktverträgen der Kassen).

[7] Darstellung zu dieser Problemvariante bieten etwa *Haeser, P. A.*, Erfahrungen mit der neuen Rechtslage im Korruptionsstrafrecht und Drittmittelrecht – aus Sicht des Staatsanwalts, in: Medizinrecht 2002, S. 55 – 59; *Gaßner, M.* (Fn. 4), S. 62 ff.; *Wrackmeyer, A.*, Drittmittelfinanzierung im Gesundheitssystem, Berlin 2008, S. 37 ff.; *Köhler, K. F.*, Korruptionsprävention im öffentlichen Gesundheitswesen unter besonderer Berücksichtigung der §§ 81a und 197a SGB V, in: Verwaltungsarchiv 2009, S. 391 – 431, 402 ff.; *Diedrich*, Kriminalität im Gesundheitswesen, 2011, S. 24 ff.

[8] Vgl. hierzu die Schilderungen bei *Kölbel, R.*, Die Einweiservergütung – eine neue Form von Unternehmenskriminalität im Gesundheitssystem?, in: wistra 2009, S. 129 – 133; *ders.*, Strafbarkeitsnahe vertragsärztliche Kooperationsformen, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 2011, S. 195 – 200.

2. Pharmamarketing

Eine besonders schillernde Version der eben skizzierten zweiten Grundkonstellation manifestiert sich in Teilbereichen des Pharmamarketings. Angesichts der sich verändernden (und umstrittenen) strafrechtlichen Bewertung haben dies die Beiträge des vorliegenden Bandes bereits mehrfach zum Gegenstand gemacht. Dass dies hier gleichwohl noch einmal aufgegriffen wird, erklärt sich mit der außergewöhnlichen Verbreitung, aber auch der vergleichsweise guten empirischen Dokumentation dieses Phänomens. Freilich ist „Pharmamarketing" zunächst einmal ein Oberbegriff für sämtliche Aktivitäten, mit denen die Arzneimitteldistribution unterstützt werden soll. Wirtschaftlich bildet dies eine erhebliche Größe, für die von den Herstellern beträchtliche Etats aufgebracht werden.[9] Das Spektrum der eingesetzten Marketingtechniken ist deshalb auch breit; es beginnt beim klassischen Advertising (Pressematerial, Werbeanzeigen etc.) und reicht über Mailingaktionen bis zur Einführung von Arztinformationssystemen.[10] So gesehen gehört es zum regulären ökonomischen Agieren. Allerdings beruht dessen Notwendigkeit zu einem guten Teil auch darauf, dass die Wirksamkeit und/oder der Innovationsgehalt neu entwickelter Arzneimittel nicht selten als fraglich gelten muss.[11] Außerdem schließt Pharmamarketing bekanntlich auch rechtlich problematische Formen der Vertriebsförderung ein. Stellvertretend für diesen kriminologisch interessanten Sektor seien hier nur die folgenden drei Beispiele[12] erwähnt:

Von erheblicher praktische Bedeutung sind die sog. Anwendungsbeobachtungen (AWB). Hierbei erfasst der Arzt systematisch die therapeutischen Erfahrungen, die er mit einem zugelassenen Arzneimittel macht, um dessen Alltagsbewährung für den Hersteller zu dokumentieren (§§ 4 Abs. 23 S. 3 AMG). Solche AWB sind ausgesprochen verbreitet.[13] Problematische Züge tragen sie dann, wenn der

---

[9] Die Ausgaben erreichen in den USA zwischen 1/4 und 1/3 des Gesamtumsatzes im Pharmabereich. Dazu *Gagnon, M. A./Lexchin, J.*, The cost of pushing pills, in: Public Library of Science - Medicine 5 (2008), S. 29 – 33; vgl. auch die Berechnungen bei *Donohue, J. M. u.a.*, A Decade of Direct-to-Consumer Advertising of Prescription Drugs, in: New England Journal of Medicine 357 (2007), 673 – 681 sowie die Darstellung des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, BT-Drs. 15/5670, S. 331 f.

[10] *Trilling, T.*, Pharmamarketing, 2. Aufl. Berlin 2008; *Umbach, G.*, Erfolgreich im Pharma-Marketing, Wiesbaden 2011.

[11] Kritiker der Pharmaindustrie sehen unter den ca. 450 Wirkstoffen, die von den Herstellern und der klinischen Forschung zwischen 1990 und 2005 neu entwickelt wurden, nur 7 echte medizinische Innovationen und ca. 25 „Schritt-Innovationen" mit beschränktem Zusatznutzen (*Schönhöfer, P.*, Korruption im Arzneimittelmarkt, in: Arnim, H. H. von (Hrsg.): Defizite in der Korruptionsbekämpfung und der Korruptionsforschung, Berlin 2009, S. 53 – 62, 54 f.). Auch der Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen geht etwa bei den 2003 in Deutschland zugelassenen Arzneimitteln immerhin von einem 30 %igen Anteil an Analogpräparaten ohne relevanten Vorteil aus (Fn. 9, S. 334).

[12] Die hier und unter V.2. geschilderten Marketingpraktiken treten im hier untersuchten Feld in problematischer Häufigkeit, aber selbstverständlich nicht in allen Unternehmen auf.

[13] Für 2008 zählte die Kassenärztliche Bundesvereinigung (KBV) ca. 85.000 Teilnehmer an 329 AWB (http://www.faz.net/s/Rub0E9EEF84AC1E4A389A8DC6C23161FE44/Doc~EBC0D6DC2B5A94E429815DEFF9CE8575F~ATpl~Ecommon~Scontent.html). Vergleiche auch das vom Verband

wissenschaftliche Zweck der Erhebungen in den Hintergrund tritt und die AWB – ungeachtet eines entsprechenden Verbotes (§ 67 Abs. 6 S. 3 AMG) – in erster Linie als Vertriebsmethode fungiert. Sobald die Produzenten den Ärzten ein Honorar zahlen, das den Wert des Dokumentationsaufwandes klar übersteigt, liegt es wenigstens nahe, dass dies auf das Verschreibungsverhalten einwirken und den Arzt zum Einsatz des betreffenden Medikamentes motivieren und/oder dessen Bekanntheitsgrad erhöhen soll („seeding trial")[14]. Nach manchen Schätzungen dienen ca. 80 % aller AWB ausschließlich oder primär der Umsatzstimulierung.[15] Dass es sich bei solchen zweckentfremdeten Studien tatsächlich um ein ausgesprochen verbreitetes Phänomen handeln muss, wird durch Studien gestützt, nach denen es den meisten AWB an wissenschaftlichem Anspruch und Potenzial mangelt[16].

Eine ungleich verdecktere und daher auch seltener diskutierte Marketingtechnik besteht darin, Einfluss auf Arzneimittelstudien zu nehmen und den verschreibungsbedingten Absatz der eigenen Produkte durch die Veröffentlichung positiver Wirksamkeitsbefunde zu stützen. Darauf, dass die Pharmaindustrie auch in dieser Weise verfährt, weist ein eindeutiger Publikationsbias hin – d.h. eine überzufällig positive Korrelation zwischen Studienfinanzierung und Studienergebnis: In den USA führen Untersuchungen, die von der Pharmaindustrie gesponsert werden, deutlich häufiger zu positiven Ergebnissen für das fragliche Produkt als unabhängige Studien; herstellerfinanzierte Forschungsarbeiten gelangen mit viel höherer Wahrscheinlichkeit zu einer Empfehlung für das jeweils geprüfte Medikament.[17] „Günstige" (signifikante) Arzneimittel-Evaluationen werden eher und öfter publiziert als nicht signifikante oder abträgliche Wirkungsbefunde.[18] Darüber hinaus

---

forschender Pharma-Unternehmen geführte Register unter http://www.vfa.de/de/arzneimittel-forschung/datenbanken-zu-arzneimitteln/nisdb (Aufruf jeweils v. 2.8.2011).

[14] Bei einer gezahlten Aufwandsentschädigung von durchschnittlich 190 € pro Patient (so die KBV in Fn. 13) muss das vielfach gegeben sein.

[15] So die KBV am 13.12.2002 (vgl. http://www.versicherungsnetz.de/news/Meldung.asp?Meldung =1494 – Aufruf v. 2.8.2011).

[16] Ausführliche Analyse bei *Dietrich, E.-S.*,: Die meisten deutschen Anwendungsbeobachtungen sind zur Generierung wissenschaftlich valider Erkenntnisse nicht geeignet, in: PharmacoEconomics - German Research Articles 7/2009, S. 3 – 14; international zuletzt *Krumholz, S. D. u.a.*, Study of Neurontin: Titrate to Effect, Profile of Safety (STEPS) Trial, in: Archives of Internal Medicine 171 (2011), S. 1100 – 1107; ebenso bereits *Waller, P.C. u.a.*, Review of company postmarketing surveillance studies, in: British Medical Journal 304 (1992), S. 1470 – 1472.

[17] Zu den Zahlen *Jelinek, G./Neate, S.*, The influence of the pharmaceutical industry in medicine, in: The Journal of Law and Medicine 17 (2009), S. 216 – 223; *Als-Nielsen, B. u.a.*, Association of Funding and Conclusions in Randomized Drug Trials, in: Journal of the American Medical Association 290 (2003), S. 921 – 928 jeweils m.w.N.; vgl. auch die Studie von *McPartland, J.*, Obesity, the Endocannabiniod system, and Bias Arising from Pharmaceutical Sponsorship, in: Public Library of Science - one 4 (2009), e5092 sowie die Metaanalyse bei *Schott, G. u.a.*, Finanzierung von Arzneimittelstudien durch pharmazeutische Unternehmen und die Folgen, in: Deutsches Ärzteblatt International 107 (2010), S. 279 – 284 und S. 295 – 301 und den Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen (Fn. 9), S. 336 f.

[18] Dazu etwa die Studie von *Turner, E. H. u.a.*, Selective Publication of Antidepressant Trials and Its Influence on Apparant Efficacy, in: New England Journal of Medicine 358 (2008), 252 – 260; zusammenfassend auch der Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswe-

versuchen die Hersteller nicht nur die wissenschaftlichen „KOL“ (Key Opinion Leader), sondern auch die Mitglieder medizinischer Beratungsgremien, die Empfehlungen und Therapie-Leitlinien entwickeln, durch Honorarverträge, die Berufung in Advisory Boards oder durch Vergabe von Forschungsgeldern an sich zu binden.[19]

Von den problematischen Ausprägungen des Pharmamarketings am meisten verbreitet ist schließlich jene Unterart, die auf der direkten Beziehung zu niedergelassenen oder Krankenhausärzten basiert. Etwa ¾ der deutschen Ärzte werden mindestens wöchentlich von einem Pharmavertreter aufgesucht.[20] Um über solche Konsultationen auf das Verschreibungsverhalten zugunsten der eigenen Produkte einzuwirken, wird nicht selten versucht, die individuelle Ansprechbarkeit und das jeweilige Verschreibungspotenzial zu eruieren oder bei den danach „geeigneten“ Ärzten sodann ein Verpflichtungsgefühl aufzubauen.[21] Hierfür werden ganz unterschiedliche Vorteile gewährt, beginnend mit Büroartikeln, über Produkt-Muster, Einladungen zu Produkteinführungen, Symposien oder Fortbildungsveranstaltungen bis hin zu Reiseangeboten zu Konferenzen. Dass all dies das Verschreibungsverhalten tatsächlich beeinflusst, ist empirisch belegt. Werbung und Fortbildungen zu Produkten führen zu deren verstärkter Verordnung. Die Verschreibungswahrscheinlichkeit steigt allein schon durch den bloßen Vertreterbesuch, und zwar ganz unabhängig von Zuwendungsform oder -wert.[22] Dabei ist sich die Mehrheit der

---

sen, Fn. 9, S. 336. Es gibt zudem Hinweise auf eine unvollständige Registrierung von Studieninformationen und auf Verschweigen unerwünschter Arzneimittelwirkungen bis hin zum Verschleiern von Sterblichkeitsrisiken sowie auf vertragliche Einschränkungen der Publikationsrechte oder den Einsatz von Ghostwritern und Gastautoren. Vgl. dazu *Fugh-Berman, A.*, The Haunting of Medical Journals: How Ghostwriting Sold “HRT”, in: Public Library of Science – Medicine 7 (2010), e1000335; *Schönhöfer, P.* (Fn. 11), S. 55 f. sowie die Literatur-Übersicht bei *Schott, G. u.a.* (Fn. 17), S. 279 f., 299.

[19] Vgl. hierzu die kanadische Befragung von *Choudry, N. K. u.a.*, Relationships Between Authors of Clinical Practice Guidelines and the Pharmaceutical Industry, in: Journal of American Medical Association 287 (2002), S. 612 – 617 sowie die journalistische Feldforschung bei *Weiss, H.*, Korrupte Medizin, Köln 2008, S. 75 ff.; weitere Praxisschilderungen bei *Meißner, W.*, ‚Korruption light' in der Medizin, in: Albrecht, R. u.a. (Hrsg.): Korruption, Würzburg 2010, S. 109 – 122, 114 ff.

[20] Nach Hochrechnungen muss jährlich von ca. 20 Mill. Konsultationen durch die 15.000 – 20.000 Pharmavertreter ausgegangen werden. Vgl. hierzu *Lieb, K./Brandtönies, S.*, Eine Befragung niedergelassener Fachärzte zum Umgang mit Pharmavertretern, in: Deutsches Ärzteblatt International 107 (2010), S. 392 – 398; Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Fn. 9, S. 334; *Korzilius, H./Rieser, S.*, Pharmaberater, in: Deutsches Ärzteblatt 104 (2007), S. 156 – 161 (mit Hinweisen zu den unterschiedlichen Besuchsmodalitäten). Zu noch höheren Werten in den USA vgl. *Campbell, E. G. u.a.*, A National Survey of Physician-Industry Relationships, in: New England Journal of Medicine 356 (2007), S. 1742 – 1750.

[21] Sehr anschaulich zu den Methoden etwa *Moynihan, R.*, Who pays for the pizza? Redefining the relationships between doctors and drug companies, in: British Medical Journal 326 (2003), S. 1189 – 1192; *Oldani, M. J.*, Thick prescriptions, in: Medical Anthropology Quarterly 18 (2004), S. 325 – 356; *Fugh-Berman, A./Ahari, S.*, Following the Script: How Drug Reps Make Friends and Influence Doctors, in: Public Library of Science - Medicine 4 (2007), S. 621 – 625; *Weiss, H.* (Fn. 19), S. 45 ff.

[22] Zu exemplarischen Studien vgl. *Bowman, M. A./Pearle; D. L.*, Changes in Drug Prescribing Patterns Related to Commercial Company Funding of Continuing Medical Education, in: Journal of Continuing Education in the Health Profession 8 (1998), S. 13 – 20; *Lexchin, J.*, Interactions between physicians and the pharmaceutical industry, in: Canadian Medical Association 149 (1993), S. 1401 – 1407; *Chren, M.-M./Landefeld, C. S.*,: Physicians' Behavior and Their Interactions With Drug Companies, in:

Ärzte der Marketingabsichten durchaus bewusst[23], ohne dies aber notwendig als ethisches Problem anzusehen.[24] Eine Beeinflussungsgefahr sehen sie ohnehin in der Regel nur bei ihren Kollegen und kaum einmal in ihrer eigenen Person.[25]

3. Aktuelle Rechtsentwicklungen

Die strafrechtliche Behandlung der „Vergabe-Variante", die vorstehend als erste Korruptionskonstellation im Gesundheitssystem skizziert worden ist (oben II. 1.), weist keine Besonderheiten gegenüber dem allgemeinen Korruptionsstrafrecht auf. Zählt der Nehmer infolge seiner Stellung im fraglichen Unternehmen zu den tauglichen Tätern (Angestellter, Beauftragter, Amtsträger) und lässt sich eine Unrechtsvereinbarung mit dem Geber belegen, kommen § 299 StGB oder §§ 331 ff. StGB in der bekannten Weise in Betracht. Häufig werden dann auch noch weitere Begleitdelikte verwirklich (§§ 263, 266 StGB und § 370 AO)[26]. Problematisch ist dagegen die strafrechtliche Beurteilung der zweiten Korruptionskonstellation – und damit auch die der eben erläuterten Marketingformen:

Die Schlüsselfigur bei der Patientenzuführung ist hierbei in vielen Fällen der niedergelassene Vertragsarzt, um den sich die Pharmahersteller (bzw. die Krankenhäuser, Labore usw.) bemühen, weil er mit seiner Verschreibung (bzw. mit seiner Über- und Einweisung oder auch nur seiner Empfehlung) faktisch darüber entscheidet, welcher Anbieter seine Erzeugnisse oder Leistungen in die Behandlung einbringen kann. Ob eben dieser Vertragsarzt das von den zentralen Korruptionstatbeständen (§§ 299, 331 ff. StGB) vorausgesetzte Merkmal aufweist und namentlich als Beauftragter der Kostenträger und/oder als Amtsträger eingestuft werden kann, war und ist bekanntlich umstritten.[27] Gleichsam als Auslöser für das Aufkommen erster strafrechtswissenschaftlicher Stimmen, die den Vertragsarzt als

---

Journal of American Medical Association 271 (1992), S. 684 – 689; *Steinman, M. A. u.a.*, Characteristics and Impact of Drug Detailing for Gabapentin, in: Public Library of Science - Medicine 4 (2007), e134; *Spurling, G. K. u.a.*, Information from Pharmaceutical Companies and the Quality, Quantity, and Cost of Physician Prescribing, in: Public Library of Science - Medicine 7 (2010), e1000352.

[23] Vgl. etwa *Lieb, K./Brandtönies, S.* (Fn. 20), S. 395.

[24] Vgl. *Brett, A. S. u.a.*, Are Gifts From Pharmaceutical Companies Ethically Problematic? A Survey of Physicians, in: Archives of Internal Medicine 163 (2003), S. 2213 – 2218.

[25] Vgl. die Meta-Analyse bei *Schneider, N./Lückmann, S. L.*, Pharmasponsoring in der ärztlichen Fort- und Weiterbildung, in: Zeitschrift für Allgemeinmedizin 84 (2008), S. 516 – 524; für Deutschland im Detail *Lieb, K./Brandtönies, S.* (Fn. 20), S. 395.

[26] Vgl. für einen allgemeinen Überblick über die verschiedenen Konstellationen etwa *Bannenberg, B.*, Korruption, in: Wabnitz, H.-B/Janovsky, T. (Hrsg.): Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. München 2007, Rn. 44 ff.; speziell für den Gesundheitsbereich etwa *Zieschang, F.*, Medizinische Forschung mit Hilfe von Drittmitteln – strafbare Vorteilsannahme?, in: Gehl, G. (Hrsg.): Tatort Gesundheitsmarkt, Weimar 2007, S. 29 – 41; *Taschke, J.*, in: Dieners, P. (Hrsg.): Handbuch Compliance im Gesundheitswesen, 3. Aufl. München 2010, Kapitel 2 Rn. 3 ff.; *Boemke, S./Schneider, H.*, Korruptionsprävention im Gesundheitswesen, Düsseldorf 2011, S. 31 ff.).

[27] Bei Einflussnahmen auf Ärzte, die in Krankenhäusern oder Medizinischen Versorgungszentren beschäftigt sind, ist die Rechtslage weniger problematisch, da hier die Amtsträger- oder Angestellteneigenschaft in der Regel bejaht werden kann (näher zu diesen Konstellationen *Boemke, S./Schneider, H.*, Fn. 26, S. 36 ff.).

sog. „Beauftragten" der Kassen konstruierten und insbesondere das Pharmamarketing mit Bestechung i.S.v. § 299 StGB assoziierten[28], fungierte eine Entscheidung des BGH zur Untreuenorm. Hier hatte das Gericht den Vertragsarzt zum „Quasi-Vertreter" der Kassen bei der Arzneimittelversorgung erklärt, weil er über deren Leistungsverpflichtung bestimmend zu disponieren vermag.[29] Daraus auch die Beauftragteneigenschaft herzuleiten, wurde zunächst gleichwohl meist noch in Frage gestellt, und zwar durch das strafrechtliche Schrifttum[30] ebenso wie die staatsanwaltschaftliche Praxis[31]. Allerdings änderte sich dies, als die Kommentarliteratur die Anwendbarkeit des § 299 StGB zu befürworten begann.[32] Ungeachtet einer immer detailversessener argumentierenden Diskussion wurde diese Auffassung nicht nur zur vorherrschenden Wissenschaftsmeinung,[33] sondern Ende 2010 auch von Teilen der Justiz akzeptiert.[34] Die fallkonkrete Strafbarkeit hängt aus dieser Warte letztlich nur noch davon ab, dass die Verschreibungs- oder Zuweisungsanreize nicht geringfügig sind und auf eine Gegenleistung zielen, d.h. zu einer Bevorzugung von Geberprodukten im Behandlungseinsatz führen sollen.[35] Gerade die Details der sog. Unrechtsvereinbarung bedürfen hier allerdings noch der näheren strafrechtsdogmatischen Klärung.

Prinzipiell sind aber wenigstens einige der skizzierten Marketingmethoden strafbar (überhöhte AWB-Vergütung; klare Verschreibungsbelohnung usw.) oder jedenfalls ausgesprochen strafbarkeitsnah (unspezifische Verschreibungsanreize usw.). Dass dies bis heute freilich nicht ohne Widerspruch bleibt, wird nicht zuletzt

---

[28] Erstmals durch *Pragal, O.*, Das Pharma-„Marketing" um die niedergelassenen Kassenärzte: „Beauftragtenbestechung" gemäß § 299 StGB!, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 2005, S. 133 – 136. Zur hier nur punktuellen Einschlägigkeit der üblichen Begleitdelikte (§§ 263, 266 StGB) *Schneider, H.*, Strafrechtliche Grenzen des Pharmamarketings, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht 2010, S. 241 – 247, 242 ff.; *Kölbel, R.* (Fn. 8, 2011), S. 196.

[29] Vgl. BGH v. 25.11.2003 - 4 StR 239/03, in: BGHSt 49, S. 17. Zwar ist das Bundessozialgericht in einer neuen Entscheidung v. 17.12.2009 (B 3 KR 13/08 R, BSG 105, 157) von zivilrechtlichen Konstruktion abgerückt, die den Vertragsarzt als Vertreter der Kassen beim Abschluss eines Arzneimittelbezugsvertrages mit dem Apotheker ansah, ohne damit aber in Frage zu stellen, dass der Arzt die Leistungspflicht der Kasse (für diese verbindlich) konkretisiert.

[30] Stellvertretend und m.w.N. *Ulsenheimer, K.*, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. München 2008, Rn. 13/41.

[31] Einschlägige Verfahren wurden mit Blick auf § 299 StGB ausnahmslos nach § 170 II StPO eingestellt. Dazu *Schneider, H.* (Fn. 28), S. 242.

[32] Vgl. *Fischer, T.*, StGB, München 58. Aufl. 2011, § 299 Rn. 10 b; *Tiedemann, K*, in: Leipziger Kommentar StGB, Berlin 12. Aufl. 2008, § 299 Rn 18; *Dannecker, G.*, in: Nomos Kommentar StGB, Baden-Baden 2. Aufl. 2010, § 299 Rn. 22, 23c.

[33] Vgl. nur – jeweils m.w.N. – *Frister, H.*, Der Vertragsarzt als Beauftragter der Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB?, in: Lindemann, M./Ratzel, R. (Hrsg.): Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, Baden-Baden 2010, S. 99 – 112; *Kölbel, R.* (Fn. 8, 2011), S. 195 f.

[34] OLG Braunschweig v. 23. 2. 2010 – Ws 17/10, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht 2010, S. 392; LG Hamburg v. 9.12.2010 – 618 KLs 10/09; AG Ulm v. 26.10.2010 – 3 Cs 37 Js 9933/07. Schilderung eines weiteren Ermittlungsverfahrens in: http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/0,1518,767778,00.html (Aufruf v. 2.8.2011).

[35] Vgl. dazu *Fischer, T.* (Fn. 32), § 299 Rn. 10b. Durch Rabatt- und Direktverträge der Kassen mit den Herstellern und Dienstleistern sowie durch die aut idem-Regelung bei der Arzneimittelverschreibung verringern sich freilich die Bevorzugungsspielräume der Vertragsärzte.

durch Beiträge in diesem Band dokumentiert. Bezeichnenderweise wurde jüngst auch ein parlamentarischer Vorstoß zu einer gesetzgeberischen Festlegung unternommen.[36] Von daher steht für die Rechtspraxis, zumindest bis sich der BGH in dieser konkreten Frage festgelegt hat,[37] eine endgültige Klärung aus. Im Hinblick auf den speziellen Gegenstand des vorliegenden Textes hätte es allerdings vermutlich keine allzu weittragenden Folgen, wenn der BGH – meines Erachtens: unbegründeter- und überraschenderweise – davon abrücken würde, Zuwendungen an den Vertragsarzt prinzipiell als eine strafbare Kooperation anzusehen. Vorstrafrechtlich ist diese nämlich ohnehin untersagt: So verbietet § 128 SGB V in seiner neuen Fassung allen Herstellern und Dienstleistern – und zwar durch Absatz 6 auch den Pharmaproduzenten – ganz ausdrücklich, Verschreibungs- und Zuweisungsanreize zu gewähren. Die Annahme solcher Leistungen war den Ärzten durch das Berufsordnungsrecht ohnehin seit jeher verwehrt, was die 2011 novellierte Fassung zusätzlich unterstreicht. Die verschiedenen Zuweisermodelle wurden in der Judikatur obendrein als wettbewerbswidrig angesehen (§ 4 Nr. 1, 11 UWG)[38]. Sicher ging die Lebenswirklichkeit über all dies lange Zeit einfach hinweg (am sichtbarsten in den grassierenden Auswüchsen des Pharmamarketings), doch ob die genannten Regelungen nach den aktuellen Diskussionen wieder in diesem ursprünglichen Maße marginalisiert werden könnten, ist fraglich.

III. Wirtschaftseigene Präventionsmechanismen

1. Präventive Selbstkontrolle der Unternehmen im Wirtschaftsstrafrecht

Auch wenn zu vermuten steht, dass die rechtliche Debatte um das Pharmamarketing „im Feld" nicht ohne Folgen bleiben kann, besagt dass noch nichts darüber, wie das „law in action" dann aussehen wird. Offen sind vorerst auch die Reaktionen auf Seiten der Pharmahersteller. Es zeichnet sich insofern allerdings eine aufschlussreiche Entwicklung ab, die wegen ihrer Parallelen zu anderen wirtschaftsstrafrechtlichen Bereichen besondere Beachtung verdient und hier deshalb in aller Kürze rekapituliert werden soll.

Da das staatlich-juristische Steuerungsmodell, das bei der Regulierung der Wirtschaft bis heute dominiert, weithin an Implementierungsdefiziten und einem defizitären Wirkungsgrad leidet, wird es in vielen Wirtschaftssegmenten inzwischen

[36] Vgl. den entsprechenden Antrag der SPD-Bundestagsfraktion vom 10.11.2010 in BT-Drucks. 17/3685.

[37] Der 3. Strafsenat des BGH schloss sich den in Fn. 34 genannten Gerichten an (und hält im Übrigen sogar §§ 331 für vorrangig anwendbar), hat all dies aber mit Beschluss vom 5.5.2011 – 3 StR 458/10 dem Großen Senat für Strafsachen vorgelegt.

[38] Vgl. stellvertretend dazu OLG Düsseldorf v. 1.9.2009 – I-20 U 121/08, in: Medizinrecht 2009, S. 664; näher *Reese, U./Holtorf, M.*, § 11 Heilmittelwerbung, in: Dieners, P./Reese, U. (Hrsg.): Handbuch des Pharmarechts, München 2010, S. 601 – 732, Rn 42 ff.

durch eine weitere Programmart ergänzt, die auch Privatsubjekte in die rechtlichen Kontroll- und Normdurchsetzungsprozesse integriert.[39] Dies geht in zwei verschiedenen Entwicklungsformen vonstatten: Bei der ersten Variante versucht der Staat, eine Public-Private-Partnership zu organisieren und mit Hilfe privater Drittpersonen wirksamer von außen auf Unternehmensdelikte zu reagieren – sei es durch die Inpflichtnahme Privater zur Verdachtslieferung und Verdachtsklärung[40] oder durch Private Law Enforcement etwa im Wettbewerbsrecht oder durch das institutionalisierte externe „Whistleblowing"[41]. Dagegen setzt er in der zweiten Variante auf die Logik der Selbstkontrolle. Hierbei werden die Gesetzesadressaten gleichsam selbst in den Dienst genommen und in die Deliktsvorbeugung/-abarbeitung unmittelbar einbezogen. Dafür hält der Staat die Unternehmen zu binnenorganisatorischen Maßnahmen an, mit denen sie eigenständig eine möglichst hohe Normkonformität möglichst vieler Eigentransaktionen sicherstellen können.[42]

Getragen werden soll diese präventive Selbstkontrolle durch eine Compliance-Organisation in den Unternehmen: Diese sollen spezielle Unternehmenseinheiten einrichten, die die Normkonformität der betrieblichen Transaktionen überwachen, die das Personal durch Anweisungen und Schulungen entsprechend beeinflussen oder die beispielsweise Tatgelegenheiten durch eine Umgestaltung von Entscheidungsabläufen verringern.[43] Eine weitere wesentliche Säule dieser Compliance-Organisation sind unternehmensinterne Regelungen, die rechtliche Handlungsgrenzen auf die hauseigenen Verhältnisse übersetzen und spezifizieren (Richtlinien, codes of conduct, business ethics)[44]. In der kriminologischen und rechtspolitischen Debatte sind die Erwartungen an die Konformitätswirkungen solcher Einrichtungen enorm; man verspricht sich hiervon einen wesentlichen delinquenzmindernden

---

[39] Zu beiden Modellen z.B. *Hefendehl, R.*, Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung von Wirtschaftskriminalität, in: Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 119 (2007), 816 – 847. Für eine erste Systematisierung vgl. *Kölbel, R./Herold, N.*, Whistleblowing. Eine kriminologische Analyse aus Anlass der aktuellen kriminalpolitischen Debatte, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 93 (2010), S. 425 – 441, 428 ff.

[40] Die Stichworte lauten: drittbezogene Dokumentationspflichten, Anzeigepflichten nach dem GwG, Verbindungsdatenspeicherung durch die Dienstleisterunternehmen.

[41] Dazu im Detail *Kölbel, R.*, Zur wirtschaftsstrafrechtlichen Institutionalisierung des Whistleblowings. Lehren aus der Praxis des sog. „qui tam"-Verfahrens, in: Juristenzeitung 2008, S. 1134 – 1141; *Kölbel, R./Herold, N.* (Fn. 39), S. 429 ff.

[42] Hinzu kommt die Herausbildung von „Self Enforcement", d.h. von Instrumenten interner Deliktsaufarbeitung (Corporate Investigation, internes Whistleblowing). Empirisch zur Entwicklung der Unternehmens-Selbstkontrolle etwa *Bussmann, K.-D./Werle, M. M.*, Addressing Crime in Companies, in: British Journal of Criminology 46 (2006), S. 1128 – 1144; *Bussmann, K.-D.*, The Control Paradox and the Impact of Business Ethics, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 90 (2007), S. 260 – 276.

[43] Im Detail etwa *Hauschka, C.* (Hrsg.), Corporate Compliance, München 2006; *Görling, H./Inderst, C./Bannenberg, B.* (Hrsg.): Compliance, Heidelberg 2010.

[44] Eingehend dazu *Ziegleder, D.*, Corporate Governance of Security, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 90 (2007), S. 245 – 259.

Effekt.[45] Deshalb werden die Unternehmen nachdrücklich zu entsprechenden Anstrengungen ermutigt, wenn man bislang auch auf einen ausdrücklichen Rechtszwang verzichtet (vgl. für Ausnahmen § 25a KWG, § 64a VAG, § 33 WpHG). Immerhin sind die jeweiligen Geschäftsführungen aber verpflichtet, etwaige Schäden und Haftungen des Unternehmens zu vermeiden und deshalb die Normkonformität im Betrieb und aus dem Betrieb heraus sicherzustellen. Dass dies gerade durch eine Compliance-Organisation erfolgen muss, ist zwar nicht zwingend, doch wird es ersichtlich nahe gelegt.[46]

2. Selbstverpflichtungen und rules of conduct im Pharmabereich

Solche Entwicklungen zeigen sich auch im deutschen Gesundheitssystem. Die derzeitige Verbreitung von Compliance-Organisationen ist hier zwar schwer einzuschätzen, doch haben zumindest die größeren Unternehmen (in erster Linie internationale Pharmahersteller) entsprechende Schritte in ausgeprägter Weise ergriffen. In anderen Einrichtungen wie Krankenhäusern oder mittelständischen Heil- und Hilfsmittelanbietern ist dies dagegen in sehr unterschiedlicher und oft nur lückenhafter Weise der Fall.[47] Im Zusammenhang mit den hier besonders interessierenden Korruptionsformen bei der Arzneimitteldistribution entwickeln aber offenbar immer mehr Unternehmen zumindest betriebseigene Binnenregelungen, die von den Mitarbeitern ein korruptionsfreies Geschäftsgebaren verlangen. Hierbei kann es sich um allgemeine Verhaltenskodizes oder um spezielle Korruptionsrichtlinien handeln, die sowohl bei den Herstellern vorkommen und dort gewissermaßen das potenzielle Geberverhalten eindämmen sollen, aber auch in Unternehmen auf der Seite der potenziellen Nehmer eingeführt werden (in Kliniken usw.)[48]. Darüber hinaus haben die (Interessen-)Verbände der Arzneimittel- und Medizinproduktehersteller mit den Spitzenverbänden der Kassen und den Krankenhaus- und Ärzteverbänden eine Reihe von Verhaltensempfehlungen verein-

[45] Vgl. stellvertretend *Braithwaite, J./Fisse, B.*, Self-Regulation and the Control of Corporate Crime, in: Shearing, C./Stenning, P. C. (Hrsg.): Private Policing, Newbury Park 1987, S. 221 – 246; *Simpson, S. S.*, Corporate Crime, Law, and Social Control. Cambridge 2002, S. 153 ff.; *Gobert, J./Punch, M.*, Rethinking Corporate Crime, London 2003, S. 322 ff.; *Bussmann, K.-D.*, Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 86 (2003), S. 89 – 104; *Bussmann, K.-D.*, Kriminalprävention durch Business Ethics, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik 5 (2004), S. 35 – 50; *Bussmann, K.-D.*, Compliance in der Zeit nach Siemens, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis 2009, S. 506 – 522; *Wieland, J.*, Die Governance der Korruption, in: Jansen, S. A./Priddat, B. P. (Hrsg.): Korruption, Wiesbaden 2005, S. 43 – 61; *Dölling, D.*, Grundlagen der Korruptionsprävention, in: ders. (Fn. 3), S. 2 – 43, 37 f..

[46] Eingehend hierzu etwa *Reichert, J.*, Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2011, S. 113 – 122; *Pape, J.*, Corporate Compliance, Berlin 2011, S. 97 ff.

[47] Vgl. die Situationsschilderung bei *Klümper, W./Walther, H.-P.*, Auditierung und Zertifizierung von Pharmaunternehmen im Bereich Healthcare Compliance, in: Pharma Recht 2010, S. 145 – 152, 148 f.

[48] Anhaltspunkte für die Verbreitung solcher Innenregelungen bei PricewaterhouseCoopers (Fn. 2), S. 43.

bart,[49] die das Marketingverhalten kanalisieren sollen. Diese werden wiederum durch jene organisationseigenen Kodizes aufgegriffen und konkretisiert, mit denen sich einige nationale Verbände[50] von Pharmaproduzenten sanktionsbewehrte Regeln gesetzt haben.[51]

Zeitlich gesehen ging die Herausbildung dieser Selbststeuerungsformen den zuvor (II. 3.) skizzierten Rechtsentwicklungen voraus; sie verdankten sich ursprünglich dem Eigeninteresse der Wirtschaft, den öffentlichen Diskussionen um anstößiges Wirtschaftsgebaren auf dem Arzneimittelmarkt das Modell eines „sauberen Wettbewerbs" entgegenzusetzen. Auch konnte man so die Schaffung eines „staatlichen Korruptionsbeauftragten" verhindern und branchenintern die risikolosen Kooperationsformen aufzeigen. Doch inzwischen sind die Bedürfnisse nach solchen Einrichtungen weiter gewachsen. Seitdem das Rechtssystem (gewissermaßen nachholend) den Bereich des Pharmamarketings als Unrecht kommuniziert, haben sich erhöhte Risiken ergeben, nämlich das neue „hard risk" der strafrechtlichen Mitarbeitersanktion, aber auch das verstärkte „soft risk" einer sich weiter verschlechternden „Presse". Durch solche Reputationsschäden drohen wiederum Verschreibungsrückgänge oder ein abträgliches Partner-Profil („value dossier"), das sich bei Direktverträgen mit den Kostenträgern nachteilig auswirken kann.[52] Bei größeren Unternehmen leidet womöglich auch der Börsenwert.[53] In dieser Lage bieten die genannten Compliance-Instrumente der Wirtschaft eine Möglichkeit, eine Balance zwischen den Vor- und Nachteilen des Pharmamarketings zu finden. Deshalb wird auf ihren Ausbau gedrängt.[54] Die rechtspolitische Diskussion

[49] Zu nennen sind hier namentlich der „Medizinprodukte"-Kodex, vereinbart durch den Bundesverband Medizintechnologie e.V. und die Spitzenverbände der Krankenkassen (1997), der „Gemeinsame Standpunkt zur strafrechtlichen Bewertung der Zusammenarbeit zwischen Industrie, medizinischen Einrichtungen und deren Mitarbeitern" von diversen Krankenhaus- und Ärzteverbänden sowie den Medizinprodukte-Herstellern (2000) und die Übernahme der „Verhaltensempfehlungen der pharmazeutischen Industrie mit Ärzten" durch die Bundesverbände der Arzneimittelhersteller und Pharmazeutischen Industrie sowie den Verband der forschenden Arzneimittelhersteller (2003).

[50] Auf internationaler Ebene vgl. etwa den Kodex der European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (http://www.efpia.org/Objects/2/Files/code%20medicines%202007.pdf) sowie den Code of Pharmaceutical Marketing Practices der International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations (http://www.ifpma.org/fileadmin/content/Ethics/IFPMA_Marketing_Code/About_IFPMA_Marketing_Code/IFPMA_Code_2006_Revision_EN.pdf - Aufruf jeweils v. 2.8.2011).

[51] Namentlich die Vereinigungen „Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V." (FSA), „Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen e.V." (AKG) und „Verband der Diagnostica-Industrie" (VDGH) haben neben Verhaltensvorgaben für die Mitgliedsunternehmen auch Verfahrungsordnungen und sanktionsbefugte Schiedsgerichte eingeführt.

[52] Vgl. *Klümper, W./Walther, H.-P.* (Fn. 47), S. 146 f.

[53] Die Befunde zu den Börsenwerteffekten einer guten bzw. schlechten Compliance-Praxis sind freilich widersprüchlich. Dazu etwa *Alalehto, T.*, Suspected irregularities in stock-exchange-listed companies, in: Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 90 (2007), S. 191 – 205; *Hefendehl, R.*, Corporate Governance und Business Ethics: Scheinberuhigung oder Alternativen bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?, in: Juristenzeitung 2006, S. 119 – 125 (123).

[54] Vgl. für viele Autoren etwa *Saame, P.*, Grenzüberschreitende Facetten der Anti-Korruption im Gesundheitswesen, in: Wartensleben, H. u.a. (Hrsg.): Festschrift für A. Sander, Frankfurt/m. 2008, S. 293 – 308; *Klümper, W./Walther, H.-P.* (Fn. 47); *Dieners, P. u.a.*, § 12. Zusammenarbeit mit Angehöri-

spricht hierauf wiederum erwartungsfroh an: All diese Richtlinien gelten ihr geradezu als eine wirtschaftsautonom erzeugte Verheißung, die die Stützung von Rechtsnormen und eine Konformitätssteigerung verspricht.[55] Man sieht hierin ein zentrales Element sinnvoller Korruptionsprävention.

IV. Kriminalpolitische Ent-Euphorisierung

Allerdings werden an dieser Stelle inzwischen bereits wieder die ersten Abstriche gemacht. Was die Leistungsfähigkeit der verschiedenen Selbstverpflichtungen anlangt, macht sich vielmehr Ernüchterung breit. Die höchsten Erwartungen hatten insofern die vereinseigenen Kodizes geweckt, weil deren Maßgaben mit Durchsetzungsmitteln untersetzt worden waren. Dies galt auch für das Regelwerk der „Freiwilligen Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V.", das neben detaillierten Vorschriften für den Arzneimittelvertrieb auch Sanktionen und Sanktionsinstitutionen (die Geschäfts- und Schiedsstellen des FSA e.V.) vorsieht.[56] Die Spruchkörper des Vereins haben in einer Reihe von Entscheidungen die Regelungen weiter konkretisiert und wesentlich differenziertere Vorgaben als etwa die Strafrechtsjudikatur entwickelt.[57] Freilich erstreckt sich die Sanktionsgewalt nur auf die ca. 100 Mitgliedsunternehmen. Und ob wenigstens ihnen gegenüber ein echtes Self-Enforcement erreicht werden kann, ist fraglich. Um Normverstöße feststellen zu können, verfügen die Vereinsinstitutionen über kein Untersuchungsrecht; sie sind vielmehr darauf angewiesen, dass ihnen das erforderliche Material von außen geliefert wird (etwa durch die Hinweisgeber) und das betreffende Unternehmen in den angeforderten Stellungnahmen den Sachverhalt einräumt. Bislang ist das Verfahrensaufkommen marginal geblieben (vgl. Tabelle 1). Erwähnenswerte Sanktionen hat man ebenfalls nicht verhängt. Die meisten Verfahren werden eingestellt. Die übrigen Sachverhalte führen in der Regel zu einer Abmahnung und Unterlassungserklärung. Deshalb wird selbst von ärztlicher Seite eine mangelhafte Befol-

---

gen der Fachkreise und Patientenorganisationen, in: Dieners, P./Reese, U. (Fn. 38), S. 733 – 796, Rn. 21 ff., 143 ff.; *Passarge, M.*, Aktuelle Entwicklungen und Tendenzen im Bereich Health Care Compliance, in: Pharma Recht 2011, S. 80 – 85.

[55] Stellvertretend für solche Erwartungen im Pharma-Sektor etwa *Dieners, P.*, in: ders. (Fn. 26), Kapitel 4 Rn. 7 ff.; speziell bzgl. der Verbandskodizes z.B. *Kuhlen, L.*, Strafrecht und freiwillige Selbstkontrolle der Wirtschaft: das Beispiel der Pharmaindustrie, in: Herzog, F./Neumann, U. (Hrsg.): Festschrift für W. Hassemer, Heidelberg 2010, S. 875 – 889, 887 ff.; mit Blick auf Unternehmensrichtlinien etwa *Dolata, U.*, Krankes System, in: Der Kriminalist 2011, S. 10 – 15, 13 f.; *Boemke, S./Schneider, H.* (Fn. 26), S. 81 ff.; *Spelsberg, A. u.a.* (Fn. 4), S. 604.

[56] Der erst 2008 gegründete AKG e.V., dem anders als dem FSA e.V. nicht große Pharmakonzerne, sondern etwa 100 vorwiegend mittelständische Hersteller angehören, sieht neben den Sanktionsmöglichkeiten auch präventiv ausgelegte Beratungs-, Schulungs- und Mediationsangebote für seine Mitglieder vor, vgl. für einen Überblick etwa *Bienert, G.*, Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen e.V. (AKG). Selbstkontrolleinrichtung der pharmazeutischen Industrie, in: Pharma Recht 2008, S. 533 – 536). Repressive Aktivitäten des AKG e.V. sind bislang nicht mitgeteilt worden und haben offenbar auch nicht stattgefunden.

[57] Dazu am Beispiel der Anforderungen an Fortbildungsveranstaltungen näher *Kuhlen, L.* (Fn. 55), S. 882 ff.

gung der FSA-Vorschriften konstatiert.[58] Durch die Selbstverpflichtungen der Industrie sind insgesamt also wohl nur die krudesten Bestechungsformen zurückgedrängt worden.[59]

Tabelle 1: Normdurchsetzungspraxis des FSA e.V.

Jahr	Beanstandungen	noch offen oder folgenlos eingestellt	Entscheidung auf Abmahnung / Unterlassenserklärung		
				davon erfolgreicher Einspruch des Unternehmens	davon Geldstrafe / Namensnennung
2005	56	36	20	1	
2006	50	32	18	1	
2007	62	39	23	1	
2008	37	28	9		2
2009	30	25	5		1
2010	15	13	4		

Angesichts dessen beziehen sich die Erwartungen an die Compliance im Arzneimittelsektor in erster Linie auf Konformitätseffekte durch die Einführung unternehmensinterner Richtlinien. Bei den wichtigsten Formen des korruptionsartigen Pharmamarketings, bei denen auf der Nehmerseite nur Individualakteure (nämlich Vertragsärzte) und keine Unternehmensrepräsentanten agieren, kommen solche Kodizes aber naturgemäß nur auf der Geberseite (den Arzneimittelherstellern) zum Zuge. Aber auch insofern ist von vornherein ein Vorbehalt angezeigt: Antikorruptions- und ähnliche Richtlinien sollen sich nämlich dadurch zur Geltung bringen, dass sie die Mitarbeiter des jeweiligen Unternehmens über rechtliche Grenzen informieren, dabei die Neutralisationsbildung erschweren, abschreckend wirken und unter Umständen auch Entscheidungsmodalitäten vorschreiben, die Tatgelegenheiten reduzieren.[60] Solche Wirkungserwartungen sind aber ersichtlich darauf zugeschnitten, den eigennützigen Delikten des Unternehmenspersonals (d.h. den sog. „Occupational Crimes“) mit den Mitteln der Betriebsorganisation

[58] Vgl. http://www.akdae.de/Stellungnahmen/Weitere/20080522.pdf (Aufruf v. 2.8.2011)

[59] Aufschlussreich die Praxisschilderung der neuen, angepassten – im Grunde aber unveränderten – Gestaltungsformen wissenschaftlicher Kongresse und Fortbildungen bei *Meißner, W.* (Fn. 19), S. 110 ff.

[60] Stellvertretend *Boemke, S./Schneider, H.* (Fn. 26), S. 81, 89. Auf Basis einer Mitarbeiterbefragung rekonstruiert *Schwartz, M.* (The Nature of the Relationship between Corporate Codes of Ethics and Behaviour, in: Journal of Business Ethics 32, 2001, 247 – 262) insgesamt acht Modi der Verhaltensbeeinflussung: Klarstellung und Bestätigung des legalen Verhaltens; Anlass geben für Vorsicht und Nachfragen; Quelle, um andere zu überzeugen oder zu melden; Normverstößen widerstehen und deren Konsequenzen fürchten.

entgegenzuwirken. Bei den geschilderten Formen des Pharmamarketings handelt es sich hingegen um sog. „Corporate Crimes“, die die Mitarbeiter im Interesse ihres Unternehmens und eingebunden in dessen reguläre wirtschaftliche Transaktionen begehen.

Hier müssten die fraglichen Richtlinien gewissermaßen eine Selbstbindung der Organisation generieren. Dazu, ob dies gelingt, liegen bislang keine spezifisch medizin-wirtschaftlichen Beobachtungen und Daten vor, wohl aber existieren zahlreiche Studien zur Wirksamkeit von Compliance und Unternehmensnormen in anderen wirtschaftlichen Bereichen. So hat eine Sekundäranalyse von 79 internationalen Untersuchungen unlängst ein sehr uneinheitliches Bild zur konformitätssteigernden Wirksamkeit unternehmenseigener Normen wiedergegeben.[61] Diese Inkonsistenz der Befunde erklärt sich ganz gewiss mit der Heterogenität der jeweils eingesetzten Erhebungsmethoden und mit den Unterschieden in den Untersuchungsgegenständen (d.h. der Art der jeweiligen Business Codes und des jeweils geregelten Verhaltens). Unabhängig davon macht dies aber jedenfalls deutlich, dass allein die Einführung von Verhaltensrichtlinien noch nicht ausreichend sein kann, um die Konformität der Aktivitäten zu steigern, die aus dem Unternehmen heraus und für dieses erfolgen. Selbst dort, wo die eigenen Kodizes geschult und in Organisationsprozessen eigens berücksichtigt werden, ergeben sich nicht notwendig die fraglichen Effekte.[62]

Erforderlich scheint nach der bestehenden Forschungslage eine unternehmenskulturelle Einbettung zu sein. Die Konformitätswerte, um deren Wahrung es in den betreffenden Richtlinien geht, müssen wahrnehmbar durch die Führung gelebt und mit dem Team kommuniziert werden; sie bedürfen ergänzender interner Einrichtungen und sollten in den ungeschriebenen sozialen Normen der Organisation möglichst eine Stütze finden.[63] Unter welchen konkreten Voraussetzungen solche Bedingungen vorliegen, unter denen sich die Belegschaft an den hauseige-

---

[61] *Kaptein, M./Schwartz, M. S.*, The Effectiveness of Business Codes: A Critical Examination of Existing Studies and the Development of an Integrated Research Model, in: Journal of Business Ethics 77 (2008), S. 111 – 127, 113 f.: bei 35 % der Studien ergab sich ein positiver und bei16 % ein schwach positiver Effekt; 33 % der Studien fanden keine signifikanten Zusammenhänge und 14 % unterschiedliche Effekte. Einer Studie zufolge waren die Business Codes kontraproduktiv. Vgl. auch den Forschungsüberblick bei *Helin, S./Sandström, J.*, An Inquiry into the Study of Corporate Codes of Ethics, in: Journal of Business Ethics 75 (2007), S. 253 – 271, 258 ff.

[62] Vgl. dazu die aufschlussreiche Studie von *McKendall, M. u.a.*, Ethical Compliance Programs and Corporate Illegality: Testing the Assumptions of the Corporate Sentencing Guidelines, in: Journal of Business Ethics 37 (2002), S. 367 – 383 sowie für Deutschland auch *Bischoff, B./Wiepen, T.*, Formelle und informelle soziale Kontrolle im Zusammenhang mit der Privatisierung von DDR-Betrieben, in: Boers, K. u.a. (Hrsg.): Wirtschaftskriminalität und die Privatisierung der DDR-Betriebe, Baden-Baden 2010, S. 457 – 645, 548 ff.

[63] Für entsprechende empirische Anhaltspunkte vgl. etwa *Trevino, L. K. u.a.*, Managing Ethics and Legal Compliance, in: California Management Review 41 (1999), S. 131 – 151; *Adam, A. M./Rachman-Moore, D.*, The Methods Used to Implement an Ethical Code of Conduct and Employee Attitudes, in: Journal of Business Ethics 54 (2004), 225 – 244; *Trevino, L. K./Weaver, G. R.*, Managing Ethics in Business Organizations, Stanford 2003, S. 124 ff.; *Parker, C./Lehmann Nielsen, V.*, Corporate Compliance Systems. Could They Make Any Difference?, in: Administration & Society 41 (2009), S. 3 – 37.

nen Normen offenbar orientiert, kann hier nicht erörtert werden.[64] Wesentlich für die hier untersuchte Fragestellung ist dagegen, dass solche Gegebenheiten de facto nur manchmal bestehen. Unternehmen beschränken sich vielfach auf ein symbolisches Vorgehen und führen Codes of Conduct ein, ohne dies durch Strukturen und Managementpraktiken zu unterlegen.[65] Vorzeigbare Kodizes dienen nach den vorliegenden Befunden oft der Fassade. Sie werden nur eingerichtet, um rechtlichen Anforderungen formal nachzukommen und die unverändert problematischen Transaktionen zu überdecken.[66] Sie dienen der Außendarstellung von Integrität („Reputation Management") und/oder tragen dazu bei, dass das Unternehmen ein mindestens ebenso gutes „Verantwortungs-Image" wie seiner Mitbewerber erlangt.[67] Oder man setzt sie umgekehrt dazu ein, das Recht einfallsreich zu umgehen sowie dessen technische Lücken und Unschärfen mit professioneller Cleverness für die Unternehmensinteressen zu nutzen.[68] All dies wird, je nach Ausprägung, als „formal", „selective" oder „creative compliance" beschrieben. Vor dem Hintergrund solcher Beobachtungen sind gegenüber den Korruptionsrichtlinien der Pharmahersteller demnach zurückhaltende Erwartungen angezeigt.

V. Zur systemtheoretischen Plausibilität der kriminalpolitischen Skepsis

1. Wirtschaftsautonomie und Compliance

Dass Compliance und Unternehmensrichtlinien ihre kriminalpolitischen Versprechungen nicht von ungefähr nur eingeschränkt halten, leuchtet bei einer systemtheoretischen Lesart der erwähnten Entwicklungen unmittelbar ein.[69] Aus dieser Warte besteht Gesellschaft bekanntlich allein aus Kommunikation, wobei sich einige Spezialkommunikationen herausgebildet haben, in denen jeweils ein zentra-

[64] Dazu auf Grundlage eines Forschungsüberblicks näher etwa *Stevens, B.*, Corporate Ethical Codes: Effective Instruments for Influencing Behavior, in: Journal of Business Ethics 78 (2008), 601 – 609; *Bussmann, K.-D.* (Fn. 45, 2009), S. 514 ff.

[65] So die Erhebung von *Weaver, G. R. u.a.*, Corporate Ethics Practices in the Mid-1990's: An Empirical Study of the Fortune 1000, in: Journal of Business Ethics 18 (1999), S. 283 – 294.

[66] So etwa *McKendall, M. u.a.* (Fn. 62), S. 380; *Laufer, W. S.*, Social Accountability and Corporate Greenwashing, in: Journal of Business Ethics 43 (2003), S. 253 – 261, 254 f., 257; *Parker, C./Lehmann Nielsen, V.* (Fn. 63), S. 9 f., 28.

[67] *Trevino, L. K./Weaver, G. R.* (Fn. 63), S. 124 ff.; *Laufer, W. S.* (Fn. 66), S. 256 f.

[68] *McBarnett, D.*, After Enron Will ‚Whiter Than White Collar Crime' Still Wash?, in: British Journal of Criminology 46 (2006), S. 1091 – 1109.

[69] Dazu im Anschluss an Luhmannsche Konzeptionen und m.w.N. bereits *Theile, H.*, Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren, Tübingen 2009, S. 54 ff.; *Kölbel, R.* (Fn. 1, 2008a), S. 23 ff.; *Boers K.*, Wirtschaftskriminalität, in: ders. u.a. (Fn. 62), S. 17 – 67. Für eine systemtheoretische Analyse speziell der (politischen) Korruption vgl. *Kusche, I.*, Klientelistische Strukturen und Ausdifferenzierung von Politik, in: Priddat, B. P./Schmid, M. (Hrsg.): Korruption als Ordnung zweiter Art, Wiesbaden 2011, S. 75 – 98.

les Problem monopolartig bearbeitet wird. Neben Wirtschaft, Politik, Wissenschaft usw. zählt hierzu auch das Rechtssystem. Dieses besteht aus der fortwährenden Abfolge aneinander anknüpfender, rechtlicher Sprach- und Schreibakte, die die sozialen Ereignisse als „Recht“ oder „Unrecht“ (bzw. strafbar/nicht strafbar) thematisieren und so die rechtlichen Normen stabilisieren. Allein jene Kommunikationen, die in dieser spezifischen Art der Weltbetrachtung (im Lichte des „Rechtscodes“) erfolgen, sind Rechtskommunikationen und verkörpern die separierte „Gesellschaftseinheit“ des Rechtssystems. Dagegen bilden sämtliche Kommunikationen außerrechtlichen Inhalts dessen Umwelt. Die dort existierenden gesellschaftlichen Teilsysteme operieren in ihrer eigenen Sinndimension, wie etwa die Wirtschaft in ihrer monetär codierten Aktivität (profitabel/unprofitabel).

Alle Systeme sind, da sich ihre Kommunikation gewissermaßen in einer jeweils anderen „Sprache“ vollzieht, voneinander getrennt und autonom. Ereignisse in einem System lösen deshalb in anderen Systemen, wo sie gar nicht „verstehbar“ sind, keine unmittelbaren Folgen aus, sondern erzeugen dort allenfalls „Resonanz“. Dies ist etwa der Fall, wenn wirtschaftliche Transaktionen im Rechtssystem wahrgenommen und „übersetzt“ werden – d.h. wenn rechtliche Strukturen das wirtschaftliche Ereignis registrieren, in eine Rechtskonstruktion transformieren und dann als ein systemeigenes Element kommunizieren.[70] Auf Seiten des Wirtschaftssystems äußert sich die autonome Operationsweise wiederum darin, dass beispielsweise die Unternehmen eine Strafnorm und deren Anwendungspraxis zwar wahrnehmen, dies aber allein als eine „von Entdeckungswahrscheinlichkeit und Sanktionsintensität abhängige Kostenirritation“ in ihr umfassenderes Transaktionskalkül einfließen lassen.[71] In der Eigenrationalität des Wirtschaftssystems ist das Gesetz also keine verbindliche Verhaltensdeterminante, sondern eine von vielen Entscheidungsgrößen, die man gegebenenfalls wegen ihrer ökonomischen Folgen beachtet. In dieser Logik unterbleibt eine strafrechtlich untersagte Transaktion nicht etwa im Sinne von „Normbefolgung“, sondern weil sie entweder keine relevanten Vorteile verspricht oder weil ihre absehbaren Nachteile überwiegen (Sanktions- oder Haftungskosten, Image- und Börsenwertschäden, Beeinträchtigung von Auftragsakquise, Betriebsabläufen und Geschäftsbeziehungen).

Ebenso vollzieht sich die Handhabung von Compliance:[72] Da die Selbstkontrolle der Unternehmen gleichfalls unter der Ägide des ökonomischen Primates steht, verfährt das Unternehmen, selbst wenn es sich funktionsfähige Compliance-Strukturen gibt, dabei gemäß den wirtschaftseigenen Relevanzen. Die Compliance-

[70] So ist etwa ein wirtschaftliches Transaktions-Ereignis vor Gericht als subsumierbarer „Rechtsfall“ kommunizierbar. Dafür wird es aus der wirtschaftlichen in die juristische Ereignis-Konstruktion umformuliert und nach Maßgabe der rechtlichen Beweisbarkeit und Relevanz umgedeutet.

[71] *Teubner, G.*, Eigensinnige Produktionsregimes: Zur Ko-Evolution von Wirtschaft und Recht in den varieties of capitalism, in: Soziale Systeme 5, S. 7-25, 14; vgl. auch *ders.*, Recht als autopoietisches System, Frankfurt/M. 1989, S. 93 ff.

[72] Näher hierzu *Kölbel, R.* (Fn. 1, 2008a), S. 31 ff.; *Theile, H.*, Unternehmensrichtlinien – Ein Beitrag zur Prävention von Wirtschaftskriminalität?, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2008, S. 406 – 418.

Realität gestaltet sich daher nur dort normangepasst, wo sich dies als wirtschaftlich neutral oder gar sinnvoll ausnimmt. In allen anderen Fällen – und dies ist auf systemtheoretischer Grundlage zwingend – oszilliert sie um die Vorgaben des Rechts, die sie bei Bedarf ganz oder partiell suspendiert, was das „impression management" des Integritäts-Labels lediglich überdeckt.

Im Hinblick auf den hiesigen Gegenstand ist insofern die ökonomische Funktionalität des Pharmamarketings zu bedenken, wohingegen bei einem Verzicht hierauf ein absatzrelevanter Nachteil im Vertriebswettbewerb mit weniger skrupulösen Mitbewerbern droht.[73] In Anbetracht dessen lässt die systemtheoretische Sichtweise eine Compliance-Wirklichkeit der Pharmahersteller erwarten, welche die vorausgehend skizzierten Entwicklungen im Rechtssystem ausgesprochen selektiv aufgreifen wird: Die Industrie dürfte vornehmlich auf jene Korruptionsformen zunehmend verzichten, die „in die Breite gehen" (Vorteilsgewährungen gegenüber zahlreichen niedergelassenen Ärzten) und deshalb leicht aufdeckbar und riskant sind.[74] Im Bereich der besser zu verheimlichenden, individualisierten Korruptionsformen („Kooperationen" mit konkreten Entscheidungsträgern, Gutachtern, Meinungsbildnern etc.) dürften die Anpassungen dagegen geringfügig sein. Hier können die Dinge relativ gefahrlos beim Alten bleiben und/oder auf die Ausnutzung von Grauzonen umgestellt werden.

2. Verstärkung funktionaler Äquivalente

Konzeptionelle Überlegungen lassen also ebenso wie erste Beobachtungen aus anderen Bereichen eine Wirklichkeit der wirtschaftseigenen Selbstregulierung erwarten, die im Wege der „Creative / Selective Compliance" durchaus auch rechtlich problematische Formen des Pharmamarketings aufrecht erhält. Darüber hinaus dürfte die Industrie verstärkt auf funktionale Äquivalente setzen – also Verfahren entwickeln, die den gleichen gewünschten Vertriebsfördereffekt wie das korruptive und korruptionsnahe Pharmamarketing realisieren, sich dafür aber strafrechtsneutraler, wenngleich nicht minder problematischer Mittel bedienen. Insofern zeichnet sich ab, dass dies ausgesprochen komplexe Formen annehmen kann, die sich sogar in den managed-care-Projekten der Kostenträger verbergen. So ist beispielsweise zu erwarten, dass in jenen Modellen der „Integrierten Versorgung", deren Verwaltung durch Arzneimittelhersteller (bzw. durch deren Tochterunternehmen) übernommen wird, eine entsprechende Einflussnahme auf das Behand-

[73] Das Dilemma der Unternehmen, sich in der Annahme korrupter Praktiken ihrer Konkurrenten zur eigenen Korruption gedrängt zu sehen, ist spieltheoretisch oft aufgezeigt und diskutiert worden. Vgl. etwa *Pies, I./Beckmann, M.*, Whistle-Blowing heißt nicht: ‚Verpfeifen', in: Albrecht, R. u.a. (Fn. 19), S. 55 – 81, 61 ff.

[74] Sollte die erwartete Rechtsentwicklung ausbleiben und die besagten Verschreibungsanreize nicht mit Strafbarkeitsrisiken für die Mitarbeiter der Arzneimittelhersteller verknüpft werden, dürfte diese Reaktionen deutlich moderater ausfallen – d.h. es dürfte bei kosmetischen Anpassungen und einem prinzipiell beibehaltenen Vertriebsmodus bleiben.

lungsverhalten der beteiligten Leistungserbringer nicht ausbleiben kann.[75] Unabhängig von solchen, noch nicht abschließend zu beurteilenden Entwicklungen werden andere Ausweichstrategien dagegen schon seit einigen Jahren wirksam. Charakteristisch für sie ist ein neues Marketingdenken, d.h. eine Verlagerung der Marketingrichtung von den (niedergelassenen) Ärzten auf die Patienten – also ein Übergang von den „push"- auf die „pull"-Technologie:

Eine erste Variante firmiert unter dem Schlagwort „Direkter Patientenansprache" (oder als DTC – Direct-To-Consumer Advertising) und steht für den Versuch der Pharmahersteller, die „Endabnehmer" unmittelbar anzusprechen und für die eigenen Erzeugnisse einzunehmen.[76] An der Oberfläche dient dies der Aufklärung des „mündigen Patienten"[77], doch faktisch geschieht dies vielfach mit dem Primärziel, die zu behandelnden Personen in ihrer Therapie- und Produkttreue zu bestärken oder für eigene (neuartige) Präparate zu gewinnen. Erwiesenermaßen verheißt eine solche Vorgehensweise auch Absatzerfolg,[78] weil sich die Adressaten von derartigen Werbeversprechungen durchaus beeinflussen lassen und darüber hinaus den Verordnungswünschen solcher Patienten von ärztlicher Seite nicht selten entsprochen wird – auch ohne Überlegenheit der betreffenden Mittel.[79] Nun ist zwar öffentliche Werbung mit verschreibungspflichtigen Medikamenten in Deutschland bekanntlich noch verboten (§ 10 HWG)[80], doch findet sie vornehmlich bei Chroniker-Arzneimitteln mit hohem Umsatzpotenzial in verschiedenen Formen dennoch statt. Berichtet wird von lancierter Schleichwerbung durch verdeckt finanzierte, schein-redaktionelle Pressebeiträge und vom medialen Einsatz bezahlter Experten („Influencer"). Pharmaunternehmen stehen hinter zahlreichen

---

[75] Zu einem ersten Kooperationsmodell zwischen der AOK Niedersachsen und der Janssen-Cilag GmbH vgl. die von der Deutschen Gesellschaft für Soziale Psychiatrie e.V. eingeholten Stellungnahmen unter http://www.psychiatrie.de/dgsp/article/Nachgefragt.html oder den Bericht unter http://www.zeit.de/2011/11/M-Schizophrenie (Aufruf jeweils v. 2.8.2011).

[76] Für Berechnungen des hierfür aufgebrachten Ausgabenvolumens vgl. für die USA etwa *Donohue, J. M. u.a.* (Fn. 9), S. 676: ca. 4,237 Mrd. US-Dollar in 2005.

[77] Vgl. für diese offiziöse, betriebswirtschaftliche Logik, die für das DTC der Pharmaindustrie einen angeblichen Doppelzweck zu suggerieren sucht – in ihr nämlich neben dem Wettbewerbsfaktor der Patientenbindung eine Dienstleistung für den chronisch Kranken sieht –, stellvertretend etwa *Bauer, H. H. u.a.*, Patientenbindung durch Kommunikation – Impulse für das Pharmamarketing, Mannheim 2006.

[78] Für den Nachweis DTC-bedingt steigender Verschreibungsraten vgl. etwa *Law, M. R. u.a.*, Effect of Illicit Direct to Consumer Advertising on Use of Etanercept, Mometasone, and Tegaserod in Canada: Controlled Longitudinal Study, in: British Medical Journal 337 (2008) a1055.

[79] Vgl. zu beiden Punkten aus der neueren Forschung *Khanfar, N. M. u.a.*, Influence on Consumer Behavior: The Impact of Direct-to-Consumer Advertising on Medication Requests for Gastroesophageal Reflux Disease and Social Anxiety Disorder, in: Journal of Health Communication: International Perspectives 14 (2009), S. 451 – 460 sowie die zusammengefassten Befunde bei *Parker, R. S./Pettijohn, C. E.*, Ethical Considerations in the Use of Direct-To-Consumer Advertising and Pharmaceutical Promotions, in: Journal of Business Ethics 48 (2003), S. 279 – 290, 281, 285; Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen (Fn. 9), S. 335 f.; *Diekwisch, H./Schaaber, J.*, Direktwerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel, in: Zeitschrift für Allgemeinmedizin 85 (2009), S. 329 – 334; *Walter, C./Kobylinski, A.*, Patient im Visier, Hamburg 2010, S. 82 ff.

[80] Zu Plänen einer Verbotslockerung vgl. aber http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/46633/Arzneimittel_Regierung_plant_Lockerung_des_Werbeverbots.htm (Aufruf v. 2.8.2011).

Internet-Informationsseiten und -foren, in denen sie ihre Botschaften platzieren, und sie organisieren Patienteninformationsveranstaltungen zu ihren Produkten.[81] Außerdem gibt es Anhaltspunkte, dass sie Patientenorganisationen finanziell unterstützen und hierüber zu beeinflussen suchen.[82]

Eng mit den verschiedenen Formen des DTC-Marketings verbunden sind Strategien, die als „Disease Mongering" (oder „Disease Awareness Campaigns") bekannt geworden sind. Hierbei wird durch „Erfindung" neuer Krankheitsbilder ein Markt für bestimmte pharmazeutische Produkte überhaupt erst geschaffen. Möglich ist dies durch Neudefinition diagnostischer Kriterien (Grenzwertverschiebungen usw.) oder durch Dramatisierung milder Symptome oder auch durch Uminterpretation normaler körperlicher und seelischer Befindlichkeitsstörungen in krankheitswertige und behandlungsbedürftige Zustände. Dies geschieht nicht nur durch Einflussnahmen auf den professionell-medizinischen Fachdiskurs (dazu oben II. 2.), sondern auch durch die eben beschriebene Werbe- und Öffentlichkeitsarbeit, die „Störungen" problematisiert und darüber solche Umdeutungen evoziert.[83] Als eine weitere Methode wurde die Publikation hypothetischer Fälle und Patientenprofile, die die bisherigen diagnostischen Kriterien schleichend verschieben, dokumentiert.[84] Dass derartige Kampagnen bei den Adressaten tatsächlich zu veränderten Selbstwahrnehmungen führen und über die so provozierten oder verstärkten Erkranktseins-Gefühle einen Bedarf an den fraglichen pharmazeutischen Angeboten generieren, wird durch die bislang vorliegenden Studien wenigstens nahe gelegt – ebenso wie der fragwürdige „Gesundungs-Gewinn", der damit für die vermeintlichen „Patienten" einhergeht.

---

[81] Vgl. *Schubert, K./Glaeske, G.*, Einfluss des pharmazeutisch-industriellen Komplexes auf die Selbsthilfe, Bremen 2006, sowie die journalistische Feldforschung bei *Walter, C./Kobylinski, A.* (Fn. 79), S. 15 ff., 47 ff., 127 ff.; für eine Inhaltsanalyse amerikanischer DTC-Fernsehwerbung vgl. *Frosch, D. L. u.a.*, Creating Demand for Prescription Drugs, in: Annales of Family Medicine 5 (2007), S. 6 – 13.

[82] Speziell dazu etwa *Marshall, J./Aldhous, P.*, Swallowing the Best Advice?, in: New Scientist 28.10.2006, S. 18 – 22; für Deutschland auch *Schubert, K./Glaeske, G.* (Fn. 81) m.w.N.; stellvertretend für die vorwurfsrelativierende Seite *Dieners, P. u.a.* (Fn. 54), Rn. 127.

[83] Rekonstruiert worden ist diese Strategie etwa durch Fallstudien zu Erektionsstörungen, weiblicher Erregungsstörung, Bipolarer Störung, ADHS, Restless Legs Syndrom und der Sozialphobie. Vgl. etwa *Moynihan, R./Cassels, A.*, Selling Sickness; New York 2005. Den Forschungsstand zusammenfassend und in den größeren Kontext der Medikalisierung von Gesellschaft stellend etwa *Williams, S. J. u.a.*, The Sociology of Pharmaceuticals: Progress and Prospects, in: Sociology of Health & Illness 30 (2008), S. 813 – 824, 814 ff.; vgl. auch den Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen (Fn. 9), S. 333 f. sowie *Walter, C./Kobylinski, A.* (Fn. 79), S. 94 ff.

[84] Dazu etwa die Studie von *Spielmans, G. I.*, The Promotion of Olanzapine in Primary Care: An Examination of Internal Industry Documents, in: Social Science & Medicine 69 (2009), S. 14 – 20.

VI. Ausblick

Die Systemtheorie steht ganz gewiss nicht im Ruf, als kritische Gesellschaftstheorie zu fungieren. Gleichwohl weist sie im hiesigen Zusammenhang darauf hin, dass ein Gesundheitssystem niemals frei von Missbrauch und Korruption sein kann, solange es Teil des Wirtschaftssystems ist – genauer: solange es dergestalt marktwirtschaftlich organisiert wird, dass es medizinisches Verhalten mit finanziellen Anreizen koppelt. Alle Versuche, den hier strukturell „eingebauten" Missbrauchsanstößen mit Kontrolle, Transparenzgeboten usw. zu begegnen, nehmen sich als bloße Oberflächenanstrengung aus. Wie wenig dies nutzt, wurde hier am Beispiel von unternehmerischer Selbstkontrolle zu zeigen versucht. Um diesen Beitrag allerdings nicht mit einem solchen, ausschließlich negativen Ertrag enden zu lassen, sei hier abschließend gleichwohl noch auf eine Option hingewiesen, die sich als mikrostrukturelle Korruptionsintervention zu erörtern lohnt. So wird von ökonomisch-kriminologischer Seite empfohlen, die korruptionsbeteiligten Akteure abermals zu korrumpieren. Würde demjenigen Deliktspartner, der die korruptive Beziehung enthüllt, die staatliche Sanktionsfreiheit und ein materieller Vorteil geboten, müssten Vorteilsgeber wie -nehmer permanent den Verrat durch den jeweils anderen fürchten. Es würde Misstrauen erzeugt, das der Entstehung korruptiver Kooperationen vorbeugt.[85] Im hiesigen Zusammenhang ließen sich korruptionswillige Arzneimittelhersteller bspw. nachhaltig verunsichern, würde man jene Ärzte, die eine entsprechende Zuwendungsbeziehung aufdecken, straffrei stellen und ihnen etwa einen Anteil an einer Bußzahlung des Unternehmens gewähren. Zweifellos bestehen hierbei – ganz abgesehen von der Missbrauchsgefahr – ethische Bedenken, doch soll dieses Verfahren hier wenigstens zur Diskussion gestellt sein.

[85] Vgl. *Cooter, R./Garoupa, N.*, The Virtuous Circle of Distrust: A Mechanism to Deter Bribes and Other Cooperative Crimes. Berkeley Program in Law & Economics. Working Paper Series 2000, Paper 32.

Schlusswort: Einige Bemerkungen zur Korruption im Gesundheitswesen*

Uwe Murmann

Auch im thematischen Querschnittsbereich von Strafrecht und Gesundheitsversorgung zeigen sich die – wie so oft: problematischen – Zusammenhänge zwischen Primärordnung und Strafrecht sowie dem Verfahrensrecht: Das Kriminalrecht wird mit Problemen konfrontiert, die in anderen Lebensbereichen ihren Ursprung haben. Damit lässt sich schon die Frage stellen, ob das Strafrecht überhaupt zur Lösung dieser Probleme berufen ist, ob sich nicht vielmehr mit Hilfe der den jeweiligen Regelungsbereichen – hier also insbesondere: dem Sozialrecht – immanenten Mechanismen ein sachgerechterer Interessenausgleich erzielen lassen könnte.[1]

Das ultima-ratio-Prinzip verlangt aber nur dann nach einer Problemlösung allein auf der Ebene der Primärordnung, wenn es um Beeinträchtigungen geht, die nicht schon die Qualität von Kriminalunrecht aufweisen.[2] Der Umstand, dass die angestrebte präventive Wirkung etwa auch durch den Einsatz von Disziplinarmaß-

---

* Schlusswort zum Symposium „Tatort Gesundheitsmarkt" des Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Georg-August-Universität Göttingen am 8. Juli 2011. Manuskriptschluss: 28. Juli 2011.

[1] *Lindemann*, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 10 f.

[2] Es greift also zu kurz, den Einsatz des Strafrechts davon abhängig zu machen, ob Sanktionsmöglichkeiten aus anderen Rechtsgebieten präventiv unzureichend sind (so aber wohl *Lindemann*, in: Lindemann/Ratzel [Hrsg.], Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 34 f.). Entscheidend ist vielmehr die Qualität des Unrechts.

nahmen (§ 81 Abs. 5 SGB V) erzielt werden kann, steht also dem (zusätzlichen) Einsatz von Strafe nicht schon entgegen.[3] Und auch auf die „Selbstreinigungskräfte des Marktes“ muss – und sollte – der Staat nicht vertrauen.[4] Denn Unternehmensverantwortliche orientieren sich in ihrem Handeln primär am Prinzip der Gewinnmaximierung. Ethisch motivierte Selbstbeschränkungen sind dem Wirtschaftssystem nicht immanent und werden nur aufgrund von rechtlichem oder gesellschaftlichem Druck realisiert.[5] Ein Rückzug des Staates führt also dazu, dass die Normbefolgungsbereitschaft der Unternehmensverantwortlichen in Abhängigkeit von der motivatorischen Kraft der öffentlichen Meinung – also letztlich: der Medien – gerät. Das kann niemand wollen!

Aus kriminalrechtlicher Sicht sinnvoll ist es freilich, die Primärordnungen bereits in einer Weise auszugestalten, die Missbräuchen entgegenwirkt.[6] Das Gesundheitswesen weist eine solche Ausgestaltung immerhin insoweit auf, als die Kassenärztlichen Vereinigungen und die gesetzlichen Krankenkassen zur Einrichtung von Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen verpflichtet sind, die beim Verdacht von Fehlverhalten die Staatsanwaltschaft zu unterrichten haben (§§ 81a; 197a SGB V).[7,8] Wenn auch von diesen Vorgaben präventive Wirkungen ausgehen werden,[9] ist doch nicht zu verkennen, dass sie nicht an einer kriminalitätsverhindernden Struktur der Primärordnung selbst ansetzen, sondern bereits ein sanktionswürdiges Fehlverhalten (bzw. einen darauf bezogenen Verdacht) voraussetzen.[10] Das Gesundheitssystem selbst wirkt durch die Anzahl

---

[3] Vgl. Spickhoff/*Vießmann*, Medizinrecht, 2011, §§ 77-81a SGB V Rn. 12.

[4] Vgl. dazu auch den Beitrag von *Kölbel* (in diesem Band S. 87 ff.).

[5] Dazu schon *Murmann*, in: Koriath/Krack/Radtke/Jehle (Hrsg.), Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, 2010, S. 204 f.

[6] Z.B. *Nestler*, JZ 2009, 989 ff.

[7] Vgl. *Badle*, NJW 2008, 1028; eingehend zu § 81a SGB V: *Kerber*, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 70 ff.; *Mühlhausen*, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 91 ff.; *Steinhilper*, MedR 2005, 131 ff.; empirische Befunde zu § 197a SGB V bieten *Meier/Homann*, in: Gesundheitswesen 2010, 404 ff. Kritisch zur Effizienz der Kontrollstrukturen *Kölbel*, NStZ 2009, 316; *Steinhilper*, ZMGR 2010, 152 ff.; *ders.*, MedR 2005, 131 ff.; *ders.*, ZMGR 2011, 69 f. (s. auch *ders.* in diesem Band. S. 71 ff.). Positiver fällt das Urteil von *Kerber*, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 90, und *Schrodi*, ZMGR 2011, 66 ff., aus. Immerhin kann die Verletzung der Anzeigepflicht für die nach § 81a bzw. § 197a SGB V Verantwortlichen eine Strafbarkeit nach § 258 StGB begründen; *Giring*, in: FS für Egon Müller, 2008, S. 199 f., 212 f. Zur begrenzten Effizienz der Zusammenarbeit der verschiedenen Stellen vgl. aber *Kerber*, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 82 ff.; *Steinhilper*, MedR 2005, 133.

[8] Auch die Prüfungsmöglichkeiten nach § 275 SGB V sind an dieser Stelle zu nennen; vgl. dazu – unter kritischer Würdigung der Effizienz der Kontrollen – *Kölbel/Waibel/Dirschedl/Sulkiewicz*, GesR 2011, 129 ff.

[9] *Schrodi*, ZMRG 2011, 67.

[10] Die verfassungsrechtlichen Zweifel an der Anzeigepflicht bei *Giring*, in: FS für Egon Müller, 2008, S. 205 ff. dürften allerdings kaum durchgreifen. Mehr als fernliegend ist die dort vertretene Vorstellung, ein durch eine Anzeige bei der Staatsanwaltschaft begründeter Anfangsverdacht (der selbstverständlich durch die Ermittlungsbehörden selbständig zu prüfen ist) spreche mit Blick auf die mit

und die Interessenlage der Beteiligten, durch das komplexe Verhältnis, in dem diese Beteiligten zueinander stehen,[11] durch das komplizierte Abrechnungswesen[12] sowie nicht zuletzt durch die Höhe der zu verteilenden finanziellen Mittel[13] geradezu kriminogen.[14] Hinzu kommen aus der kriminologischen Forschung bekannte Anreizfaktoren: Aus Sicht niedergelassener Ärzte werden erbrachte Leistungen nicht angemessen vergütet, was ein gängiges Rechtfertigungsmuster für eigenes Fehlverhalten provoziert, nämlich die Annahme, gewissermaßen einen „Anspruch" auf objektiv unlauter erlangte Mittel zu haben.[15]

Die Diskussion um die Organisation des Gesundheitswesens ist freilich nicht spezifisch strafrechtlicher Natur. Es wäre auch nicht sachgerecht, die Primärordnung aus der Sicht der Sanktion zu entwerfen. Aber es ist doch auch im Interesse eines funktionsfähigen Gesundheitswesens zu erwarten, dass der die Leistungsfähigkeit beeinträchtigende strafrechtlich relevante Missbrauch Berücksichtigung findet.

Letztlich hilft aber der Verweis auf die Unzulänglichkeit der Primärordnung aus strafrechtlicher Sicht nicht weiter. Es gibt keinen Grundsatz, wonach suboptimal gestalteten Primärordnungen strafrechtlicher Schutz zu versagen wäre. Dieser Schutz gestaltet sich freilich schwierig: Je komplexer die in Bezug genommene Primärordnung ist, desto schwieriger wird die Bewältigung von Fehlverhalten durch das Strafrecht. Das verschärft sich, wenn die Primärordnung nicht nur unübersichtlich und interpretationsbedürftig ist, sondern auch mit rechtlichen Figuren arbeitet, deren Übersetzung in strafrechtliche Kategorien Probleme bereitet.

---

einem Ermittlungsverfahren verbundenen Belastungen für den Beschuldigten im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gegen eine Anzeigepflicht.

[11] Beispielhaft: Der Abrechnungsbetrug durch die Geltendmachung zusätzlicher, nicht erbrachter Leistungen wird begünstigt durch den Umstand, dass bei der vertragsärztlichen Leistungserbringung eine Kontrolle durch den Patienten nicht möglich ist; vgl. *Badle*, NJW 2008, 1032; *Kölbel*, NStZ 2009, 316 f. Entsprechendes gilt für das Leistungssplitting, bei dem der Arzt eine einheitlich erbrachte Leistung dadurch nach einer für ihn günstigeren Leistungsnummer abrechnen kann, dass er deren Erbringung im Rahmen mehrerer Behandlungstermine behauptet; vgl. *Badle*, a.a.O.

[12] Darüber waren sich die Teilnehmer der Tagung einig. Die durch die „Patientenquittung" (§ 305 SGB V) ermöglichte Transparenz bleibt praktisch ohne große Bedeutung.

[13] Dazu *Kerber*, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 70.

[14] Vgl. dazu auch *Transparency International Deutschland e.V.* unter http://www.transparency.de/Gesundheitswesen.gesundheit.0.html; *dies.*, Transparenzmängel, Korruption und Betrug im deutschen Gesundheitswesen – Kontrolle und Prävention als gesellschaftliche Aufgabe, 5. Aufl. 2008, S. 10 ff. (abrufbar unter http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Gesundheitspapier_Stand2008_Auflage_5_08-08-18.pdf.

[15] Vgl. zu diesem Aspekt im Kontext des „Leipziger Verlaufsmodells" *Schneider*, NStZ 2007, 558. Speziell zur Anwendung dieses Modells auf Kriminalität im Gesundheitsmarkt *Nestler*, JZ 2009, 989 f.; ferner *Kölbel*, NStZ 2009, 317; *Makoski*, MedR 2009, 376. Die Anreize zu Straftaten sind freilich noch komplexer, vgl. *Steinhilper*, GesR 2010, 398 ff., prägnant zusammengefasst S. 400 f.: „Unklare, unsinnige, zu komplizierte oder widersprüchliche sowie lückenhafte Normen, ungerechte Regelungen, mangelnde Kontrolle fördern und schaffen Tatgelegenheiten"; *Steinhilper*, GesR 2009, 341 f. Eingehend *Steinhilper*, in: FS für Schwind, 2006, S. 163 ff.

Damit ist der Streit vorprogrammiert, ob bestimmte Sachverhalte Straftatbeständen subsumiert werden können. Dieser Streit wird nach meinem Eindruck – wie dies im Wirtschaftsstrafrecht häufiger der Fall ist[16] – insbesondere deshalb mit besonderer Vehemenz geführt, weil viele der am Diskurs Beteiligten bestimmte Interessengruppen vertreten und beträchtliche wirtschaftliche Interessen auf dem Spiel stehen. Dabei dürfte bei materiellrechtlicher Betrachtung mitunter ganz offenkundig sein, dass gemessen an der ratio bestimmter Straftatbestände das entsprechende Unrecht verwirklicht ist.

So liegt es etwa bei der Beeinflussung des vertragsärztlichen Verschreibungsverhaltens durch namhafte Geschenke von Pharmaunternehmen auf der Hand, dass durch die Orientierung an solchen Zuwendungen die wettbewerbswidrige Begünstigung eines Unternehmens betrieben wird.[17] Dies erscheint nun in einem Lebensbereich besonders verwerflich, in dem die Gefahr besteht, dass die wirtschaftlichen Interessen des Arztes in eine sachwidrige Konkurrenz zu dem Wohl des Patienten treten. Die im positiven Recht angelegte Schwierigkeit, den Vertragsarzt als Beauftragten der Krankenkasse i.S.v. § 299 StGB zu qualifizieren,[18] ist ein Problem des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG),[19] nicht der Strafwürdigkeit.[20]

Das scheint mir bei den Einweisungsvergütungen letztlich nicht anders zu liegen:[21] Der Umstand, dass dem Vertragsarzt lediglich eine Empfehlungskompetenz zukommt und letztlich maßgeblich die Aufnahmeentscheidung des Krankenhausarztes ist (§ 39 Abs. 1 S. 2 SGB V),[22] ändert nichts an der wettbewerbswidrigen (§§ 3, 4 Nr. 1 UWG)[23] Einflussnahme auf die Wahl der begünstigten Klinik.[24]

---

[16] Vgl. dazu *Murmann*, Jura 2010, 562.

[17] *Frister*, in: in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 105.

[18] Bejahend OLG Braunschweig, NStZ 2010, 392; LG Hamburg, ZMGR 2011, 153; LG Stade, Urt. v. 4.8.2010 – 12 KLs 19/09; *Schmidt*, NStZ 2010, 394 f.; grundlegend *Pragal*, NStZ 2005, 133 ff. Ablehnend *Brockhaus/Dann/Teubner/Tsambikakis*, wistra 2010, 418 ff.; *Dieners*, PharmR 2010, 613 ff.; *Geis*, wistra 2005, 369 ff.; *ders.*, wistra 2010, 280; *Makoski*, MedR 2009, 378 f.; *Schneider*, StV 2010, 367 f.; *Schneider/Gottschaldt*, wistra 2009, 136 f.; Spickhoff/*Schuhr*, Medizinrecht, § 299 StGB Rn. 19 ff.; *Taschke*, StV 2005, 410 f. Vgl. dazu auch *Passarge*, PharmR 2011, 84. Die Rechtsprechung wird Gelegenheit zur Klärung dieser Frage haben, nachdem der 3. Strafsenat des BGH einen diesbezüglichen Vorlagebeschluss gefasst hat (Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10), in dem der Senat sogar die (weitergehende) Auffassung vertritt, der Vertragsarzt komme als Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB in Betracht.

[19] Eingehend zur Auslegung anhand des Wortlauts LG Hamburg, ZMGR 2011, 153, 154 f. Weshalb es naheliegt, bei Ablehnung einer Strafbarkeit aus § 299 StGB die Schaffung eines „passenden“ Straftatbestandes zu erwägen; vgl. Spickhoff/*Schuhr*, Medizinrecht, § 299 StGB Rn. 24.

[20] Zutreffend *Frister*, in: in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 105.

[21] Berufsrechtlich ist die Unzulässigkeit von Einweisungsvergütungen durch § 31 MBO klar. Hinter dieser Regelung steht die begründete Sorge, dass „Kopfprämien“ dazu führen, dass sich die ärztliche Entscheidung an den wirtschaftlichen Interessen des Arztes anstatt am Patientenwohl orientiert; *Hakenberg*, Der Urologe 2009, 860.

[22] Dazu *Kölbel*, wistra 2009, 132; *ders.*, NStZ 2011, 197; *Lindemann*, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 28.

[23] Vgl. OLG Düsseldorf, MedR 2009, 664.

Dass die begünstigte Klinik die Entscheidung treffen und damit ihre nach den Gesetzen des Wettbewerbs nicht legitime Bevorzugung gewissermaßen annehmen muss, ist nach der ratio von § 299 StGB ersichtlich ohne Belang. Es scheint hier aber in der Literatur weitgehend Einigkeit zu bestehen, dass die Hürde des Beauftragtenbegriffs mit Blick auf die maßgebliche Entscheidung des Krankenhausarztes nicht zu nehmen ist.[25]

Die Wettbewerbswidrigkeit solcher „Kopfprämien" wird durch die Überlegung noch verdeutlicht, dass sich die Aufnahmeentscheidung selbstverständlich an der Notwendigkeit stationärer Behandlung, nicht etwa an der Frage zu orientieren hat, ob möglicherweise in einer konkurrierenden Klinik bessere Behandlungsbedingungen bestehen (vgl. § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V). Auch daran wird deutlich, dass die Entscheidungsbefugnis des Krankenhausarztes nicht dazu geeignet ist, die wettbewerbswidrige Bevorzugung zu korrigieren. Aus einer entsprechenden Überlegung ergibt sich dann auch, dass Zuwendungen, mit denen ein Anbieter von Hilfsmitteln einen Vertragsarzt zu einem ihn begünstigenden Verschreibungsverhalten veranlasst, nach der ratio von § 299 StGB erfasst ist. Das Bedenken, dass die Verordnung lediglich „als vorläufiges Votum mit Bestätigungsvorbehalt" fungiert, weil sie der Bestätigung durch die Krankenkasse bedarf,[26] betrifft gerade nicht die wettbewerbsverzerrende Dimension solcher Vorgänge, weil die Krankenkasse selbstverständlich die Notwendigkeit des Hilfsmittels, aber – jedenfalls bei gleichem Preis-/Leistungsverhältnis – nicht die Auswahl des Hilfsmittelanbieters zu prüfen hat (vgl. § 30 Abs. 8 Bundesmantelvertrag – Ärzte [Stand: 01.01.2011]; § 16 Abs. 8 Bundesmantelvertrag – Ärzte/Ersatzkassen [Stand: 01.01.2011]). Gerade die Auswahl des Leistungserbringers, auf die sich die Zuwendungen beziehen, liegt also auch rechtlich in der Hand des Vertragsarztes;[27] faktisch ist die „Schlüsselstellung" des Vertragsarztes ohnedies evident.[28]

Es spricht damit einiges für den von *Kölbel* festgestellten Befund, dass das Gesundheitswesen ein breites Feld korruptionsartiger Beziehungen aufweist, die lediglich punktuell strafrechtlich erfasst werden.[29] Es bietet sich damit an, eine Brücke zu schlagen zur diesjährigen 34. Strafrechtslehrertagung, die sich mit dem

---

[24] *Lindemann*, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 12 ff.

[25] *Kölbel*, wistra 2009, 132; *ders.*, NStZ 2011, 197; *Lindemann*, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 28. Der 3. Strafsenat des BGH hält allerdings in seinem Vorlagebeschluss (Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 62) eine „Letztentscheidungszuständigkeit" des Vertragsarztes (bezogen auf Hilfsmittelverordnungen) nicht für ein maßgebliches Merkmal des „Beauftragten".

[26] *Kölbel*, NStZ 2011, 199.

[27] Siehe BGH, Beschl. v. 5.5.2011 – 3 StR 458/10, Rn. 62. Vgl. aber auch LG Stade, Urt. v. 4.8.2010 – 12 KLs 19/09, wo darauf hingewiesen ist, dass bei der Verordnung von Hilfsmitteln Angaben zum Hersteller nicht vorgesehen seien (aber, wie der der Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt zeigt, offenbar doch der Praxis entsprechen).

[28] Die faktisch zentrale Stellung des Vertragsarztes wird auch sonst nicht bestritten, aber für nicht ausreichend gehalten; *Kölbel*, NStZ 2011, 199.

[29] *Kölbel*, NStZ 2011, 200.

Thema des „fragmentarischen Strafrechts“ beschäftigt hat.[30] Wenn dort auch verschiedentlich das Vollständigkeitsbemühen des Gesetzgebers kritisiert wurde, ist aus meiner Sicht doch festzuhalten, dass Strafbarkeitslücken kein Wert an sich sind.[31] Es ist vielmehr mit Blick auf den Gleichheitsgrundsatz begründungsbedürftig, wenn materiell rechtsverletzende Verhaltensweisen, die in anderen Lebensbereichen strafbewehrt sind, wegen der besonderen Ausgestaltung einer Primärrechtsordnung tatbestandlich nicht erfasst werden.[32]

Abschließend noch ein Wort zum Verfahren: Die materiellstrafrechtliche Unübersichtlichkeit wirkt sich naturgemäß auch auf das Strafverfahren aus. Ermittlungen werden erschwert durch die Befassung mit sozialrechtlichen Sachverhalten und Unsicherheiten über deren strafrechtliche Einordnung.[33] Solche Unklarheiten provozieren insbesondere nach der neueren Entwicklung des Strafprozessrechts nicht mehr ohne weiteres höchstrichterliche Klärung, sondern vielmehr informelle Erledigung, insbesondere im Wege von Opportunitätseinstellungen[34] und Absprachen.[35] So werden Graubereiche kultiviert und das Damoklesschwert der Unsicherheit geschärft. Es erscheint mir auf längere Sicht fragwürdig, ob damit den Akteuren auf dem Gesundheitsmarkt ein Gefallen getan wird.

Es stellt sich bei alledem die Frage nach der Aufgabe der Rechtswissenschaft. Der Bedarf nach wissenschaftlicher Klärung dürfte deutlich geworden sein. Die potentielle Leistung gerade der Rechtswissenschaft könnte vor allem in ihrer „Unparteilichkeit“ liegen. Denn es scheint mir ein grundsätzliches Problem des Wirtschaftsstrafrechts zu sein, dass deutlich stärker als in anderen Kriminalitätsbereichen unterschiedliche Interessen der Akteure aufeinandertreffen und sich auch in der Diskussion Gehör verschaffen. Das gibt Anlass zu einer letzten Bemerkung, gewissermaßen in eigener Sache und doch in engem Zusammenhang mit dem Thema: Die Rechtswissenschaft wird sich ihre Unbefangenheit nur erhalten können, wenn sie sensibel mit der Ökonominierung des Wissenschaftsbetriebs umgeht und für die Möglichkeit guter, drittmittelunabhängiger Forschung eintritt.

---

[30] Nähere Informationen: http://www.uni-leipzig.de/strafrechtslehrertagung/?Tagungsprogramm.

[31] Vgl. dazu auch *Murmann*, in: FS für Maiwald, 2010, S. 597 f.

[32] Vgl. *Kölbel*, NStZ 2011, 200, der allerdings auch auf das ernstzunehmende Problem hinweist, dass eine Ausweitung der Kriminalisierung u.U. auch Kooperationsformen erfasst, deren Kriminalisierung unangemessen wäre. Noch kritischer gegen eine Kriminalisierung *Kölbel*, wistra 2009, 132 f.

[33] *Kölbel*, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 51; *Steinhilper*, GesR 2010, 400.

[34] Vgl. dazu den Beitrag von *Badle* (in diesem Band, S. 27 ff.).

[35] Dass nun auch die Absprachen von Gesetzes wegen geregelt sind, ist nur auf den ersten Blick ein Widerspruch zu der Einsicht, dass es sich um eine informelle Erledigungsform handelt; dazu *Murmann*, in: ders. (Hrsg.), Recht ohne Regeln?, 2011, S. 17.


ANHANG

Sozialgesetzbuch (SGB) Fünftes Buch (V) - Gesetzliche Krankenversicherung (Auszug)

Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 28. Juli 2011 (BGBl. I S. 1622)

§ 2 Leistungen

(1) Die Krankenkassen stellen den Versicherten die im Dritten Kapitel genannten Leistungen unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12) zur Verfügung, soweit diese Leistungen nicht der Eigenverantwortung der Versicherten zugerechnet werden. Behandlungsmethoden, Arznei- und Heilmittel der besonderen Therapierichtungen sind nicht ausgeschlossen. Qualität und Wirksamkeit der Leistungen haben dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse zu entsprechen und den medizinischen Fortschritt zu berücksichtigen.

(2) Die Versicherten erhalten die Leistungen als Sach- und Dienstleistungen, soweit dieses oder das Neunte Buch nichts Abweichendes vorsehen. Die Leistungen können auf Antrag auch als Teil eines trägerübergreifenden Persönlichen Budgets erbracht werden; § 17 Abs. 2 bis 4 des Neunten Buches in Verbindung mit der Budgetverordnung und § 159 des Neunten Buches finden Anwendung. Über die Erbringung der Sach- und Dienstleistungen schließen die Krankenkassen nach den Vorschriften des Vierten Kapitels Verträge mit den Leistungserbringern.

(3) Bei der Auswahl der Leistungserbringer ist ihre Vielfalt zu beachten. Den religiösen Bedürfnissen der Versicherten ist Rechnung zu tragen.

(4) Krankenkassen, Leistungserbringer und Versicherte haben darauf zu achten, daß die Leistungen wirksam und wirtschaftlich erbracht und nur im notwendigen Umfang in Anspruch genommen werden.

§ 12 Wirtschaftlichkeitsgebot

(1) Die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen.

(2) Ist für eine Leistung ein Festbetrag festgesetzt, erfüllt die Krankenkasse ihre Leistungspflicht mit dem Festbetrag.

(3) Hat die Krankenkasse Leistungen ohne Rechtsgrundlage oder entgegen geltenden Recht erbracht und hat ein Vorstandsmitglied hiervon gewußt oder hätte es hiervon wissen müssen, hat die zuständige Aufsichtsbehörde nach Anhörung des Vorstandsmitglieds den Verwaltungsrat zu veranlassen, das Vorstandsmitglied auf Ersatz des aus der Pflichtverletzung entstandenen Schadens in Anspruch zu nehmen, falls der Verwaltungsrat das Regreßverfahren nicht bereits von sich aus eingeleitet hat.

§ 27 Krankenbehandlung

(1) Versicherte haben Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. Die Krankenbehandlung umfaßt

1. Ärztliche Behandlung einschließlich Psychotherapie als ärztliche und psychotherapeutische Behandlung,
2. zahnärztliche Behandlung,

2a. Versorgung mit Zahnersatz einschließlich Zahnkronen und Suprakonstruktionen,

3. Versorgung mit Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln,
4. häusliche Krankenpflege und Haushaltshilfe,
5. Krankenhausbehandlung,
6. Leistungen zur medizinischen Rehabilitation und ergänzende Leistungen.

Bei der Krankenbehandlung ist den besonderen Bedürfnissen psychisch Kranker Rechnung zu tragen, insbesondere bei der Versorgung mit Heilmitteln und bei der medizinischen Rehabilitation. Zur Krankenbehandlung gehören auch Leistungen zur Herstellung der Zeugungs- oder Empfängnisfähigkeit, wenn diese Fähigkeit nicht vorhanden war oder durch Krankheit oder wegen einer durch Krankheit erforderlichen Sterilisation verlorengegangen war.

(2) (…)

§ 81a Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen

(1) Die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen richten organisatorische Einheiten ein, die Fällen und Sachverhalten nachzugehen haben, die auf Unregelmäßigkeiten oder auf rechtswidrige oder zweckwidrige Nutzung von Finanzmitteln im Zusammenhang mit den Aufgaben der jeweiligen Kassenärztlichen Vereinigung oder Kassenärztlichen Bundesvereinigung hindeuten. Sie nehmen Kontrollbefugnisse nach § 67c Abs. 3 des Zehnten Buches wahr.

(2) Jede Person kann sich in den Angelegenheiten des Absatzes 1 an die Kassenärztlichen Vereinigungen und Kassenärztlichen Bundesvereinigungen wenden. Die Einrichtungen nach Absatz 1 gehen den Hinweisen nach, wenn sie auf Grund der einzelnen Angaben oder der Gesamtumstände glaubhaft erscheinen.

(3) Die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen haben zur Erfüllung der Aufgaben nach Absatz 1 untereinander und mit den Krankenkassen und ihren Verbänden zusammenzuarbeiten.

(4) Die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen sollen die Staatsanwaltschaft unverzüglich unterrichten, wenn die Prüfung ergibt, dass ein Anfangsverdacht auf strafbare Handlungen mit nicht nur geringfügiger Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung bestehen könnte.

(5) Der Vorstand hat der Vertreterversammlung im Abstand von zwei Jahren, erstmals bis zum 31. Dezember 2005, über die Arbeit und Ergebnisse der organisatorischen Einheiten nach Absatz 1 zu berichten. Der Bericht ist der zuständigen Aufsichtsbehörde zuzuleiten.

§ 197a Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen

(1) Die Krankenkassen, wenn angezeigt ihre Landesverbände, und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen richten organisatorische Einheiten ein, die Fällen und Sachverhalten nachzugehen haben, die auf Unregelmäßigkeiten oder auf rechtswidrige oder zweckwidrige Nutzung von Finanzmitteln im Zusammenhang mit den Aufgaben der jeweiligen Krankenkasse oder des jeweiligen Verbandes hindeuten. Sie nehmen Kontrollbefugnisse nach § 67c Abs. 3 des Zehnten Buches wahr.

(2) Jede Person kann sich in Angelegenheiten des Absatzes 1 an die Krankenkassen und die weiteren in Absatz 1 genannten Organisationen wenden. Die Einrichtungen nach Absatz 1 gehen den Hinweisen nach, wenn sie auf Grund der einzelnen Angaben oder der Gesamtumstände glaubhaft erscheinen.

(3) Die Krankenkassen und die weiteren in Absatz 1 genannten Organisationen haben zur Erfüllung der Aufgaben nach Absatz 1 untereinander und mit den Kassenärztlichen Vereinigungen und Kassenärztlichen Bundesvereinigungen zusammenzuarbeiten.

(4) Die Krankenkassen und die weiteren in Absatz 1 genannten Organisationen sollen die Staatsanwaltschaft unverzüglich unterrichten, wenn die Prüfung ergibt, dass ein Anfangsverdacht auf strafbare Handlungen mit nicht nur geringfügiger Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung bestehen könnte.

(5) Der Vorstand der Krankenkassen und der weiteren in Absatz 1 genannten Organisationen hat dem Verwaltungsrat im Abstand von zwei Jahren, erstmals bis zum 31. Dezember 2005, über die Arbeit und Ergebnisse der organisatorischen

Einheiten nach Absatz 1 zu berichten. Der Bericht ist der zuständigen Aufsichtsbehörde zuzuleiten.

Einbecker Empfehlungen der DGMR zu unerwarteten und unerwünschten Strafbarkeitsrisiken in der vertragsärztlichen Berufsausübung

13. Einbecker Workshop der DGMR im Oktober 2010[*]

I. Einleitung

Die Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht (DGMR) e.V. hat vom 22. bis 24.10.2010 ihren 13. Einbecker Workshop unter dem Titel

Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht
Unerwartete und unerwünschte Strafbarkeitsrisiken
in der vertragsärztlichen Berufsausübung

durchgeführt. Als Tagungsergebnis wurden die nachfolgenden Empfehlungen verabschiedet:

II. Definitonen

1. Der Vertragsarzt in Klinik und Praxis gerät zunehmend in strafrechtlich relevante Konfliktsituationen, die sich für ihn als „unerwartet“ darstellen. In solchen Situationen rechnet er nicht damit, dass sein Handeln auch spezifisch strafrechtlichen Anforderungen gerecht werden muss. Diesem Umstand kommt insofern Relevanz zu, als der Straftäter nicht nur alle Sachverhaltsumstände kennen, sondern er zudem „Bedeutungskenntnis“ haben muss. Der Arzt muss also durch eine „Parallelwertung in der Laiensphäre“ die Bedeutung der Umstände nachvollziehen können, die eine Strafbarkeit begründen.
2. Daneben sind Konfliktsituationen des ärztlichen Berufsalltags auszumachen, in denen entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung fraglich ist, ob das jeweilige ärztliche Handeln strafbar ist bzw. in Anbetracht des

[*] Erstveröffentlichung in: *Wienke/Janke/Kramer* (Hrsg.), Der Arzt im Wirtschaftsstrafrecht. Abkehr von unerwünschten und unerwarteten Strafbarkeitsrisiken in der vertragsärztlichen Berufsausübung (MedR Schriftenreihe Medizinrecht), 2011. Der Herausgeber dankt dem Präsidium der DGMR e.V. sehr herzlich für die Zustimmung zum Abdruck der Stellungnahme in diesem Band.

Gesetzes-/Strafzwecks überhaupt strafbar sein sollte. Die extensive Ausdehnung der Straftatbestände durch die Rechtsprechung führt insofern zu „unerwünschten" Strafbarkeitsrisiken. Eine solche Überdehnung der Straftatbestände ist auch nicht erforderlich, da andere geeignete Sanktionierungsmöglichkeiten im Bereich der ärztlichen Selbstverwaltung bestehen.

III. Sozialversicherungsrechtliche und berufsrechtliche Aspekte

Mit dem Vertragsarztrechtsänderungsgesetz und der ihm nachfolgenden Gesetzgebung und untergesetzlichen Normsetzung sind die tatsächlichen und rechtlichen Strukturen und Voraussetzungen der Berufsausübung der im Bereich der GKV tätigen Ärzte erheblich erweitert worden. Dies gilt namentlich für die stärkere Verzahnung der ambulanten und stationären Versorgungsbereiche und für die Gestaltungs- und Kooperationsmöglichkeiten in der ärztlichen Berufsausübung sowie der damit verbundenen abrechnungstechnischen Intransparenz und erhöhten Fehleranfälligkeit. Diese differenzierten und komplexen Rechtsrahmenbedingungen werfen viele zum Teil ungeklärte und im Einzelnen umstrittene Rechtsfragen auf.

1. Es empfiehlt sich daher, diese Rechtsrahmenbedingungen insgesamt wieder zu vereinfachen und für die Beteiligten transparenter zu machen und damit für eine rechtssichere Basis der ärztlichen Berufsausübung im Bereich der GKV zu sorgen. Dies gilt namentlich für die Voraussetzungen der Zulassung zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung, für Anstellungsmöglichkeiten und für die Abrechnung vertragsärztlicher Leistungen.
2. Die zuständigen ärztlichen Selbstverwaltungskörperschaften, wie Ärztekammern, Kassenärztliche Vereinigungen und Krankenkassen, sollten zu den im Einzelnen rechtlich strittigen Rechtsfragen Klarstellungen vornehmen, damit sich die Ärzte im Bereich der GKV an diesen Handlungsempfehlungen rechtssicher orientieren können und damit etwaigen Sanktionen entgehen.
3. Gleichzeitig wird empfohlen, in das Curriculum des Studiums der Human- und Zahnmedizin sowie in die Fort- und Weiterbildung der Ärzte, insbesondere im Hinblick auf eine Tätigkeit im Bereich der GKV, eine intensive Vermittlung der maßgeblichen Rechtsrahmenbedingungen der ärztlichen Berufsausübung als Pflichtfach aufzunehmen. Die Zulassung zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung sollte - wie bereits im vertragszahnärztlichen Bereich - vom Nachweis einer erfolgreichen Teilnahme an einer entsprechenden Schulungsmaßnahme abhängen, welche für zulassungswillige Ärzte von den zuständigen Kassenärztlichen Vereinigungen anzubieten ist. Insoweit ist eine wechselseitige Anerkennung der

Schulungsmaßnahmen unter den Kassenärztlichen Vereinigungen sicherzustellen.

4. Der freiberuflich und eigenverantwortlich tätige Vertragsarzt versteht sich in Übereinstimmung mit der ärztlichen Berufsordnung zu Recht in erster Linie als Sachwalter der Gesundheitsinteressen seiner Patienten. Wenngleich ihm im Bereich der GKV in öffentlich-rechtlicher Hinsicht durch die Vorgaben des Sozialversicherungsrechts Beschränkungen (z.B. Wirtschaftlichkeitsgebot, Zulassungskriterien) auferlegt sind, ist er im Regelfall mangels bestehender Vertragsbeziehungen nicht „Vertreter“ oder „Beauftragter“ der gesetzlichen Krankenkassen.
5. Die Prüfung eines Anfangsverdachtes nach § 81a Abs. 4 SGB V durch die Kassenärztlichen Vereinigungen muss immer auch subjektive Umstände umfassen. Unterliegt der Arzt danach einem Tatbestandsirrtum (§ 16 StGB), weil er z.B. die objektive Unrichtigkeit einer vertragsärztlichen Abrechnung nicht kennt, handelt er nur fahrlässig und erfüllt damit keinen vermögensrechtlichen Straftatbestand. In diesen Fällen besteht kein Anfangsverdacht und damit keine Befugnis der Kassenärztlichen Vereinigung zur Unterrichtung der Staatsanwaltschaft. Der Vorwurf einer Strafvereitelung nach § 258 StGB durch unterbliebene Unterrichtung der Staatsanwaltschaft ist in diesen Fällen unbegründet.
6. In den Prüfungsverfahren der Kassenärztlichen Vereinigungen hat der Vertragsarzt umfassende, mit Zwangsmitteln durchsetzbare Offenbarungs- und Auskunftspflichten gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung. Soweit er sich im Rahmen dieses Auskunftsverlangens selbst belastet, besteht ein verfassungsrechtlich abgesichertes absolutes Beweisverwendungsverbot (nemo tenetur). In dieser Weise offenbarte Tatsachen dürfen weder bei der Prüfung des Anfangsverdachts von der Kassenärztlichen Vereinigung noch in einem Strafverfahren berücksichtigt werden. Anderweitig erlangte Erkenntnisse bleiben davon unberührt.

IV. Strafrechtliche und verfahrensrechtliche Aspekte

Die strafrechtliche Bewertung knüpft an die sozialversicherungsrechtlichen Erkenntnisse und Maßgaben an und macht diese zum Gegenstand einer eigenständigen Bewertung.

1. Eine Strafbarkeit des Vertragsarztes nach § 299 StGB (Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr) scheidet deshalb tatbestandlich aus, weil der Vertragsarzt kein „Beauftragter“ der gesetzlichen Krankenkassen ist, s.o. Ziffer III. 4.
2. Eine Strafbarkeit des Vertragsarztes nach § 266 StGB (Untreue) kommt nur bei Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes in Betracht, was in den Einzelheiten streitig ist. Jedenfalls folgt nicht aus je-

dem Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot des Sozialversicherungsrechts eine Strafbarkeit wegen Untreue.

3. Da der Vertragsarzt im Übrigen aber regelmäßig kein Bewusstsein für die von der Rechtsprechung vorgenommene Zuweisung in das Lager der Krankenkasse hat, kann es ihm auch an einem Bewusstsein für die aus diesem (behaupteten) Näheverhältnis entspringenden Pflichten fehlen. In diesen Fällen kann er einem Schuld ausschließenden Verbotsirrtum nach § 17 StGB unterliegen.
4. Sowohl im Hinblick auf den Straftatbestand der Untreue, § 266 StGB, als auch der Angestelltenbestechung, § 299 StGB, ist zudem eine sorgfältige Prüfung der subjektiven Tatseite unerlässlich, um der extensiven Anwendung dieser ohnehin in ihren Grenzen und Voraussetzungen vagen und verschwommenen Delikte entgegenzutreten. Abgesehen von den in der Rechtsprechung hierzu anzutreffenden sozialrechtlich unzureichenden Begründungen bieten Berufs- und Heilmittelwerberecht eine ausreichende Handhabe gegen unzulässige Einflussnahmen auf die vertragsärztlichen Verordnungsentscheidungen, so dass es einer zusätzlichen strafrechtlichen Ahndung auch nicht bedarf.
5. Es wird nachdrücklich empfohlen, die streng formale Betrachtungsweise zur Frage des Vorliegens eines Vermögensschadens im Bereich des Sozialversicherungsrechts nicht auf die strafrechtliche Beurteilung des Betrugstatbestands nach § 263 StGB zu übertragen. § 263 StGB schützt nur das Vermögen. Eine Ausweitung der Schutzrichtung dieses Straftatbestands ist weder rechtsdogmatisch zulässig noch rechtspolitisch erforderlich. § 263 StGB ist kein Tatbestand des „Sozialversicherungsbetrugs“, der neben den allgemeinen Vermögensinteressen der Versichertengemeinschaft auch noch deren weitergehende, sozialpolitische Interessen schützt. Die Sanktionierung von anderen Schutzgütern als dem Vermögen durch § 263 StGB ist daher rechtswidrig.
6. In den Fällen der medizinisch lege artis erbrachten vertragsärztlichen Leistungen liegt ein Vermögensschaden im Sinne des Betrugs- und Untreuetatbestandes nicht allein deshalb vor, weil gegen Ordnungsvorschriften des Vertragsarztrechts, z.B. die Ärzte-Zulassungsverordnung, verstoßen wurde.
7. Mit dem in die Diskussion um den Vertragsarztabrechnungsbetrug eingeführten Begriff des „leistungsbezogenen Schadenselements“ wird auf die Grundlagen der Schadensermittlung beim Anstellungsbetrug zurückgegriffen. Die Qualifikation dessen, der die Leistung erbringt, zählt zu den Wert bildenden Faktoren. Ein Vermögensschaden im Sinne von § 263 StGB ist daher in den Fällen der Scheingesellschaft (unechte Gemeinschaftspraxis) und der Strohmannfälle (Leistungserbringung durch nicht zugelassenen Arzt - Abrechnung durch Vertragsarzt) nicht gegeben. Dies gilt gleichermaßen für die Fälle der Delegation ärztlicher Leistungen, wenn es dabei

durch die Verlagerung auf den Delegationsempfänger nicht zur Erbringung einer qualitativ minderwertigen Leistung kommt. Ein leistungsbezogener Vermögensschaden kann indes in den Fällen angenommen werden, in denen die Leistungsdurchführung gerade von einer besonderen Qualifikation des Leistenden abhängt.

8. Bei objektiven unerwarteten Rechtsverstößen gegen zulassungsrechtliche und abrechnungsrechtliche Regelungen des Vertragsarztrechts, die keinen Vermögensschaden im strafrechtlichen Sinne darstellen, bestehen auch keine Sanktionslücken. Hierzu stehen Maßnahmen nach den Disziplinarordnungen der Kassenärztlichen Vereinigungen ebenso zu Verfügung wie die berufsgerichtlichen Verfahren der Ärztekammern, denen in diesem Zusammenhang eine stärkere Beachtung geschenkt werden sollte.
9. Es wird empfohlen, bei den Staatsanwaltschaften wegen der spezifischen Fragestellungen des Vertragsarztrechts und des sonstigen Rechts der ärztlichen Berufsausübung besondere Fachabteilungen einzurichten. Die zuständigen Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden sollten im Rahmen ermittlungsnotwendiger Eingriffe in die Berufs- und Privatsphäre betroffener Ärzte die Besonderheiten des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient stärker berücksichtigen.

Einbeck im November 2010 Das Präsidium der DGMR e.V.

Autorenverzeichnis

Badle, Alexander, Oberstaatsanwalt, 1998 Eintritt in den Justizdienst des Landes Hessen als Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main, seit 2002 Staatsanwalt bei der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main, seit 2009 Leiter der Zentralstelle zur Bekämpfung von Vermögensstraftaten und Korruption im Gesundheitswesen (ZBVKG) und stellv. Pressesprecher der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main.

Duttge, Gunnar, Prof. Dr. iur., Stellvertretender Direktor des Zentrums für Medizinrecht und Mitglied des Instituts für Kriminalwissenschaften der Georg-August-Universität Göttingen. Habilitation (venia legendi für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie) 2000, Berufung an die Ludwig-Maximilians-Universität München 2001, an die Georg-August-Universität Göttingen 2004, Mitglied der universitären Ethik-Kommission und zahlreicher Fachgesellschaften. Wissenschaftlicher Schwerpunkte: Grundfragen des Strafrechts und Strafverfahrensrechts; rechtliche und rechtsphilosophische Herausforderungen der modernen Medizin und Biotechnologie.

Kölbel, Ralf, Prof. Dr. iur, Lehrstuhl für Kriminologie, Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Vorstandsmitglied am Institut für Interdisziplinäre Konfliktforschung an der Universität Bielefeld (seit 2009), davor Habilitation 2006 in Jena (venia legendi für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtstheorie und Kriminologie) und Berufung an die Deutsche Hochschule der Polizei Münster 2008. Wissenschaftliche Schwerpunkte: Wirtschafts- und Unternehmenskriminologie, Medizinstrafrecht, normative und empirische Grundfragen des Strafprozessrechts.

Martiny, Anke, Dr. phil., Erstberuf Journalistin. Seit 2001 Vorstandsmitglied von Transparency International Deutschland, zuständig für die Arbeitsgruppe „Korruption im Gesundheitswesen“. Von 1972-1989 Mitglied des Deutschen Bundestages und dort seit 1974 Vorsitzende der Arbeitsgruppe Verbraucherpolitik der SPD-Fraktion; seit 1976 Mitglied des Wirtschaftsausschusses, stellvertretende Mitgliedschaften im Gesundheitsausschuss und im Ausschuss für Entwicklungszusammenarbeit. Danach Senatorin für Kulturelle Angelegenheiten in Berlin, ab November 1991 bis Ende 1996 Leiterin des Büros der Friedrich- Ebert-Stiftung in Tel Aviv.

Murmann, Uwe, Prof. Dr. iur., Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht der Georg-August-Universität Göttingen. Habilitation (venia legendi für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie) 2003, Staatsanwalt bei der

Staatsanwaltschaft Berlin und Strafrichter sowie Schöffengerichtsvorsitzender beim Amtsgericht Berlin/Moabit zwischen 2004 und 2006, Berufung an die Georg-August-Universität Göttingen und Ablehnung eines Rufs an die Ludwig-Maximilians-Universität München 2006.

Schnapp, Friedrich E., Prof. (em.) Dr. iur., Habilitation 1975 an der Ruhr-Universität Bochum; 1977 bis 1984 Professor an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster; während dieser Zeit Richter im zweiten Hauptamt am Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen; 1984 bis 2004 Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht mit besonderer Berücksichtigung des Sozialrechts an der Ruhr-Universität Bochum; von 1986 bis 2005 zugleich Geschäftsführender Direktor des dortigen Instituts für Sozialrecht. 1998 Gastprofessur in Leuven (Belgien). Wissenschaftliche Schwerpunkte: Staats- und Verwaltungsrecht, Sozialrecht, Organisationsrecht, Rechtslogik und -linguistik.

Schneider, Hendrik, Prof. Dr. iur., Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzugsrecht an der Juristenfakultät der Universität Leipzig (seit 2006), Präsident des Leipziger Akademie für angewandtes Wirtschaftsstrafrecht (LAAW) e.V. – Praktische Tätigkeit als Strafverteidiger im Bereich des Wirtschafts- und Medizinstrafrechts sowie Gutachter und Schulungsleiter im Bereich der Prävention von Wirtschaftsstraftaten.

Spickhoff, Andreas, Prof. Dr. iur., Dekan der Juristischen Fakultät und Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Medizinrecht der Georg-August-Universität Göttingen. Habilitation 1996 (venia legendi für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung), Berufung an die Friedrich-Schiller-Universität Jena 1997, an die Universität Regensburg 2000, an die Georg-August-Universität Göttingen 2009, Mitglied zahlreicher juristischer und/oder medizinischer Fachgesellschaften und -kommissionen. Wissenschaftliche Schwerpunkte: Haftungsrecht, Medizinrecht, Internationales Privat- und Prozessrecht, jeweils unter Einbeziehung der Rechtsvergleichung.

Steinhilper, Gernot, Dr. iur., 1972 – 1978: Bundeskriminalamt, 1979 – 1987: Niedersächsisches Ministerium der Justiz, 1987 – 2005: Justitiar der Kassenärztlichen Vereinigung Westfalen-Lippe; seit 1987 zugleich Rechtsanwalt, zuerst Dortmund, dann Hamm; jetzt Wennigsen. Zahlreiche Veröffentlichungen zu Fragen der Kriminologie (Dunkelfeld, labeling approach, Resozialisierung, Strafvollzug) und zum Vertragsarztrecht (auch Abrechnungsbetrug). Mitherausgeber des *Heidelberger* Kommentars *Arztrecht.Krankenhausrecht. Medizinrecht;* ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift *Medizinrecht.*

In Zeiten knapper werdender finanzieller Ressourcen innerhalb des sozialversicherten Gesundheitssystems und der Sorge vor immer weiter um sich greifender „Rationierung“ wecken Berichte über ärztliche Abrechnungsbetrügereien, „Fangprämien“ von Krankenhäusern (für die Überweisung von Patienten) sowie das „Pharmamarketing“ verstärkte Aufmerksamkeit. Mit Rücksicht auf die z.T. außerordentlich hohen Schadenssummen liegt der Ruf nach harter Bestrafung nahe, doch kommt das Strafrecht stets zu spät und vermag vor allem den immateriellen Vertrauensverlust nicht zu kompensieren. Die Suche nach Instrumenten einer effektiven Korruptionsprävention verdient daher weit größere Beachtung, infolgedessen aber ebenso die Frage nach dem tatsächlichen Kriminalitätsgeschehen und nach möglichen „Stellschrauben“ für präventiv wirkende Interventionen. Die Beiträge dieses Bandes, hervorgegangen aus der jüngsten (am 8. Juli 2011 veranstalteten) Jahrestagung des Göttinger Instituts für Kriminalwissenschaften, präsentieren die hierzu bisher vorliegenden Erkenntnisse auf aktuellstem Stand. Sie mögen der interessierten Öffentlichkeit einen seriösen, nicht vom Antrieb massenmedialer Skandalisierung getrübten Einblick in das Ausmaß und die Erscheinungsformen korruptiven Verhaltens im Gesundheitswesen geben und den Experten Anregungen für fruchtbare weiterführende Diskussionen und innovative Problemlösungen.



ISBN: 978-3-86395-028-6
ISSN: 1864-2136

Universitätsverlag Göttingen